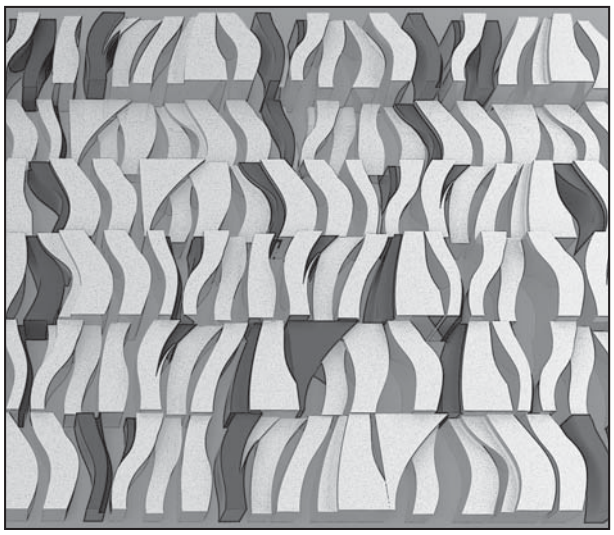
Revista



Superior Tribunal de Justiça

Publicação Oficial

Revista

Superior Tribunal de Justiça

Volume 265 - Tomo 1
Ano 34
Janeiro/Fevereiro/Março 2022

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretor
Ministro Benedito Gonçalves

Chefe de Gabinete
Marilisa Gomes do Amaral

Servidores
Gerson Prado da Silva
Hekelson Bitencourt Viana da Costa
Maria Angélica Neves Sant'Ana
Rosa Christina Penido Alves Sturm

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:

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 Benedito Gonçalves
Diretor

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário

Ministro **Humberto** Eustáquio Soares **Martins** *(Presidente)*
Ministro **Jorge Mussi** *(Vice-Presidente e Corregedor-Geral do CJF)*
Ministro **Felix Fischer**
Ministro **Francisco** Cândido de Melo **Falcão** Neto
Ministra Fátima **Nancy Andrighi**
Ministra **Laurita** Hilário **Vaz**
Ministro **João Otávio de Noronha**
Ministra **Maria Thereza** Rocha **de Assis Moura** *(Corregedora Nacional de Justiça)*
Ministro Antonio **Herman** de Vasconcellos e **Benjamin**
Ministro Geraldo **Og** Nicéas Marques **Fernandes** *(Diretor-Geral da ENFAM)*
Ministro **Luis Felipe Salomão**
Ministro **Mauro** Luiz **Campbell Marques**
Ministro **Benedito Gonçalves** *(Diretor da Revista)*
Ministro **Raul Araújo** Filho
Ministro **Paulo de Tarso** Vieira **Sanseverino**
Ministra Maria **Isabel** Diniz **Gallotti** Rodrigues
Ministro **Antonio Carlos Ferreira**
Ministro Ricardo **Villas Bôas Cueva**
Ministro **Sebastião** Alves dos **Reis Júnior**
Ministro **Marco** Aurélio Gastaldi **Buzzi**
Ministro **Marco Aurélio Bellizze** Oliveira
Ministra **Assusete** Dumont Reis **Magalhães**
Ministro **Sérgio** Luíz **Kukina**
Ministro Paulo Dias de **Moura Ribeiro** *(Ouvidor)*
Ministra **Regina Helena Costa** *(Ouvidora Substituta)*
Ministro **Rogerio Schietti** Machado **Cruz**
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)

Ministro **Humberto Martins** *(Presidente)*
Ministro **Jorge Mussi** *(Vice-Presidente)*
Ministro **Felix Fischer**
Ministro **Francisco Falcão**
Ministra **Nancy Andrighi**
Ministra **Laurita Vaz**
Ministro **João Otávio de Noronha**
Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**
Ministro **Herman Benjamin**
Ministro **Og Fernandes**
Ministro **Luis Felipe Salomão**
Ministro **Mauro Campbell Marques**
Ministro **Benedito Gonçalves**
Ministro **Raul Araújo**
Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**
Ministra **Isabel Gallotti***

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

Ministro **Sérgio Kukina** *(Presidente)*

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

Ministro **Benedito Gonçalves** *(Presidente)*
Ministro **Sérgio Kukina**
Ministra **Regina Helena Costa**
Ministro **Gurgel de Faria**
Ministro **Manoel de Oliveira Erhardt****

* Em substituição Min. Felix Fischer
** Desembargador Convocado

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

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

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

Ministro **Antonio Carlos Ferreira** *(Presidente)*

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

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino** *(Presidente)*
Ministra **Nancy Andrighi**
Ministro **Villas Bôas Cueva**
Ministro **Marco Aurélio Bellizze**
Ministro **Moura Ribeiro**

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

Ministro **Luis Felipe Salomão** *(Presidente)*
Ministro **Raul Araújo**
Ministra **Isabel Gallotti**
Ministro **Antonio Carlos Ferreira**
Ministro **Marco Buzzi**

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

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

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

Ministro **Joel Ilan Paciornik** *(Presidente)*
Ministro **Felix Fischer**
Ministro **João Otávio de Noronha**
Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**
Ministro **Ribeiro Dantas**
Ministro **Jesuíno Aparecido Rissato** *

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

Ministra **Laurita Vaz** *(Presidente)*
Ministro **Sebastião Reis Júnior**
Ministro **Rogerio Schietti Cruz**
Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**
Ministro **Olindo Herculano de Menezes***

* Desembargador Convocado

COMISSÕES PERMANENTES

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro **Marco Buzzi** *(Presidente)*
Ministra **Regina Helena Costa**
Ministro **Gurgel de Faria**
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**
Ministro **Moura Ribeiro**
Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

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**

COMISSÃO 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)

Ministro **Humberto Martins** *(Presidente)*
Ministro **Jorge Mussi** *(Corregedor-Geral da Justiça Federal)*

Membros Efetivos
Ministro **Marco Buzzi** *(Vice-Corregedor)*
Ministro **Marco Aurélio Bellizze**
Ministra **Assusete Magalhães**
Ministro **Sérgio Kukina**

Membros Suplentes
Ministro **Moura Ribeiro**
Ministra **Regina Helena Costa**
Ministro **Rogerio Schietti Cruz**
Ministro **Gurgel de Faria**

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS - ENFAM

Ministro **Og Fernandes** *(Diretor-Geral)*
Ministro **Benedito Gonçalves** *(Vice-Diretor)*
Ministro **Jorge Mussi** *(Diretor do CEJ/CJF)*
Ministro **Raul Araújo**
Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Ministro **Mauro Campbell Marques** *(Corregedor-Geral)*
Ministro **Benedito Gonçalves** *(Efetivo)*
Ministro **Raul Araújo** *(1º Substituto)*
Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino** *(2º Substituto)*



SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA

TOMO 1

CORTE ESPECIAL 23

AgInt na CR 16.908-PT - Rel. Min. Humberto Martins 25

Carta rogatória - Intimação prévia efetivada - Remessa dos autos à Justiça Federal - Desnecessidade.

AgInt na SLS 2.925-MT - Rel. Min. Presidente do STJ 28

Suspensão de liminar - Deferimento - Grave lesão à ordem pública - Comprovação - Política de vacinação - Combate Covid-19.

PRIMEIRA SEÇÃO 35

AgInt no CC - 174.764-MA - Rel. Min. Mauro Campbell Marques 37

Competência - Ação de improbidade administrativa - Justiça Estadual.

MS 28.124-DF - Rel. Min. Mauro Campbell Marques 50

Energia elétrica - Participação em leilão - Custo Variável Unitário (CVU) - Fixação de limite.

RMS 64.531-MT- Rel. Min. Og Fernandes 69

Incidente de Assunção de Competência (IAC) - Competência de foro - Resolução n. 9/2019-TJMT.

REsp 1.878.849-TO - Rel. Min. Manoel Erhardt 92
(Desembargador convocado do TRF-5ª Região)

Servidor público estadual - Lei Complementar n. 101/2000, art. 22, parágrafo único, I - Progressão funcional - Direito subjetivo do servidor - Requisitos legais preenchidos.

REsp 1.937.821-SP - Rel. Min. Gurgel de Faria.....113

Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) - Base de cálculo - CTN, arts. 35 e 38.

PRIMEIRA TURMA 137

AREsp 1.904.780-SP - Rel. Min. Gurgel de Faria.....139

Imposto sobre Serviços (ISS) - Alegação de decadência - CTN, art. 173, I.

AgInt no RMS 67.723-SC - Rel. Min. Sérgio Kukina.....144

Concurso público - Candidata aprovada em primeiro lugar - Discricionariedade administrativa.

RMS 56.528-DF - Rel. Min. Benedito Gonçalves.....153

Contrato administrativo - Fornecimento de serviços - Pagamento - Ordem cronológica - Lei n. 8.666/1993, art. 5º.

RMS 67.416-SE - Rel. Min. Sérgio Kukina.....162

Magistrado - Licença para Capacitação no Exterior - Direito líquido e certo - Ausência - Gratificação pelo Exercício Cumulado de Jurisdição ou Acumulação de Acervo Processual - Retribuição por Direção de Fórum - Vantagens de caráter eventual e temporário.

REsp 1.222.547-RS - Rel. Min. Regina Helena Costa.....174

Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) - Base de cálculo - Não incidência - Incentivo fiscal.

REsp 1.709.727-SE - Rel. Min. Benedito Gonçalves.....201

Responsabilidade civil do Estado - Acidente de trânsito - Rodovia estadual - Óbito - Dano material - Fixação - Dano moral - Majoração - Dever de conservação e sinalização da via pública - Omissão estatal.

SEGUNDA TURMA 221

AgRg no AgRg no AREsp 480.379-PB - Rel. Min. Assusete Magalhães 223

Servidor público federal - Funasa - Indenização de campo - Lei n. 8.216/1991, art. 16 - Lei n. 8.270/1991, art. 15.

RMS 57.943-DF - Rel. Min. Francisco Falcão.....264

Mandado de segurança - Ato do Controlador-Geral do Distrito Federal - Competência jurisdicional.

RMS 66.794-AM - Rel. Min. Francisco Falcão 270

Contrato de concessão - Intervenção - Alegação de nulidades - Direito líquido e certo - Ausência.

SEGUNDA SEÇÃO.....279

AR 4.590-PR - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti.....281

Ação rescisória - Procedência - Ação de prestação de contas - Segunda fase - Contrato de abertura de crédito em conta corrente.

CC 181.190-AC - Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze.....320

Conflito de competência - Não conhecimento - Exceção de pré-executividade - Rejeição - Execução fiscal contra empresa em recuperação judicial.

TERCEIRA TURMA 339

RMS 66.683-MG - Rel. Min. Nancy Andrighi 341

Prisão civil - Devedor de alimentos.

REsp 1.727.950-RJ - Rel. Min. Moura Ribeiro.....350

Obra musical - Remasterização - Lei n. 9.610/1998.

REsp 1.827.060-SP - Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino 387

Incorporação imobiliária - Atraso na entrega da obra - Responsabilidade solidária.

REsp 1.841.953-PR - Rel. Min. Nancy Andrighi 404

Dano moral - Processo de separação judicial.

REsp 1.930.256-SP - Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze 418

Divulgação indevida de materiais fotográficos - Internet - Marco Civil da Internet, art. 21.

REsp 1.947.652-GO - Rel. Min. Moura Ribeiro 454

Obra musical - Direito autoral - Lei n. 9.610/1998.

QUARTA TURMA 471

REsp 1.237.567-MT - Rel. Min. Marco Buzzi 473

Ação desconstitutiva - Contrato de arrendamento rural - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Ilegitimidade ativa ad causam - NCPC, art. 485, VI.

REsp 1.334.097-RJ - Rel. Min. Luis Felipe Salomão 495

Indenização - Cabimento - Chacina da Candelária - Programa de televisão.

REsp 1.450.667-PR - Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira 550

Cédula de produto rural financeira - Lei n. 8.929/1994, art. 4º-A - Título - Resgate - Indicação do índice de preços.

REsp 1.545.217-PR - Rel. p/ acórdão Min. Maria Isabel Gallotti 562

Previdência privada - Casamento - Dissolução.

REsp 1.783.269-MG - Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira 620

Responsabilidade civil - Dano moral - Menor de idade - Rede social - Publicação ofensiva.

REsp 1.789.505-SP - Rel. Min. Marco Buzzi 643

Bem de família - Contrato de locação comercial - Caução - Penhora.

REsp 1.914.596-RJ - Rel. Min. Luis Felipe Salomão 655

Veiculação de notícias ofensivas - Identificação dos usuários responsáveis.

TOMO 2

TERCEIRA SEÇÃO 697

CC 172.669-DF - Rel. Min. Ribeiro Dantas 699

Conflito interno e negativo de competência - Prevenção - RISTJ, arts. 71 e 72, I e II.

QUINTA TURMA 707

AgRg no AgRg no AREsp 1.883.043-DF - 709
Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha

Tribunal do Júri - CPP, art. 482, parágrafo único - Julgamento - Nulidade absoluta - Quesitação deficiente.

AgRg no AgRg no RHC 141.350-PR - Rel. Min. 775
Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT)

Agravo regimental - Lei n. 8.038/1990, art. 39 - Reconsideração parcial - RISTJ, art. 258, § 3º.

AgRg no AREsp 1.877.128-DF - 796
Rel. p/ acórdão Min. Reynaldo Soares da Fonseca

Apelação - Crime de trânsito - Laudo complementar - Nulidade. AgRg no AREsp n. 1.877.128 - DF.

AgRg no HC 721.090-TO- Rel. Min. Joel Ilan Paciornik 819

Decisão monocrática - CPC, art. 932 - CPP, art. 3º - Princípio da colegialidade - Ofensa - Não ocorrência.

AgRg nos EDcl no REsp - 1.925.770-RJ..... 837
Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT)

Operação Cadeia Velha - Crime de corrupção passiva - Organização criminosa - Súmula n. 7-STJ.

HC 684.254-MG - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca 891

Foro por prerrogativa de função - Crime comum - Princípio da Especialidade.

RHC 153.528-SP - Rel. Min. Ribeiro Dantas 918

Crime contra a economia popular - Acusado foragido - CPP, art. 316, parágrafo único - Pirâmide financeira - Prisão preventiva - Revisão periódica.

RMS 66.734-SP - Rel. Min. João Otávio de Noronha 928

Inquérito policial - Arquivamento - CPP, art. 28 - Homologação judicial.

SEXTA TURMA..... 937

AgRg no AREsp 1.360.839-RJ - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior 939

Prova derivada - Contaminação - Interceptação telefônica - Fundamentação - Necessidade.

AgRg no REsp 1.329.642-AM - Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro 963

Restituição das coisas apreendidas - CPP, art. 123 - Prazo de 90 dias - Natureza processual.

HC 626.983-PR - Rel. Min. Olindo Menezes 967
(Desembargador Convocado do TRF 1ª Região)

Internet - Marco Civil da Internet - Registro de conexão - Registro de acesso. HC n. 626.983 - PR.

HC 663.055-MT - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz 986

Crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido - Crime de tráfico de drogas - Domicílio do acusado - Violação - Provas - Ilicitude.

HC 712.781-RJ - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz..... 1010

Crime de roubo majorado - Absolvição - CPP, art. 226 - Crime de corrupção de menores

RHC 133.177-PI - Rel. Min. Laurita Vaz..... 1046

Denúncia - Recebimento - Ação penal - CPP, art. 41 - Justa causa.

RMS 54.177-RJ - Rel. Min. Olindo Menezes..... 1063
(Desembargador Convocado do TRF 1ª Região)

Operação Saqueador - Bloqueio de ativos financeiros das empresas - Crime de lavagem de dinheiro.

REsp 1.825.022-MG - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior..... 1083

Tribunal do Júri - Perícia oficial - Tese de nulidade afastada.

REsp 1.956.133-DF - Rel. Min. Laurita Vaz 1110

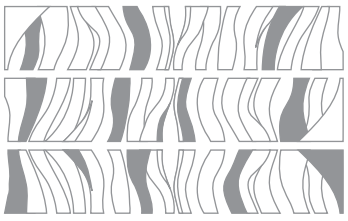
Execução penal - Novo crime - Prescrição da pretensão executória.

ÍNDICE ANALÍTICO 1117

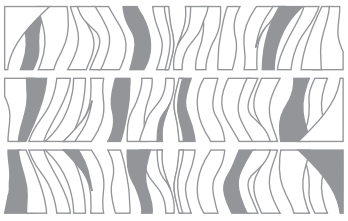
ÍNDICE SISTEMÁTICO 1133

SIGLAS E ABREVIATURAS 1139

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 1145



Jurisprudência



Corte Especial

AGRAVO INTERNO NA CARTA ROGATÓRIA N. 16.908-EX (2021/0325836-6)

Relator: Ministro Humberto Martins
Agravante: Andrea Silva Anjos
Advogado: Defensoria Pública da União - Curador Especial
Outro Nome: Andrea da Silva Anjos Pereira
Advogado: Defensoria Pública da União - Curador Especial
Agravado: Noberto Agostinho Marques Timoteo
Jusrogante: Tribunal Judicial da Comarca de Santarém - Juizo de Execução do Entrocamento - Juiz 1
A.Central: Ministério da Justiça e Segurança Pública

EMENTA

Agravo interno na carta rogatória. Intimação prévia efetivada. Devolução dos autos à Justiça rogante ante o cumprimento da diligência.

Considera-se consumada a diligência requerida pela Justiça rogante quando a parte interessada, devidamente intimada, apõe sua assinatura atestando o recebimento da carta. É desnecessária, portanto, a remessa dos autos à Justiça Federal, devendo a comissão ser devolvida à Justiça rogante por intermédio da autoridade central competente.

Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Nancy Andrighi, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito

Gonçalves, Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 22 de março de 2022 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Presidente

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 24.3.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de agravo interno interposto pela *Defensoria Pública da União*, no exercício da curadoria de *Andrea Silva Anjos*, contra a decisão que concedeu o *exequatur* sem encaminhar a carta rogatória à Justiça Federal e determinou a devolução dos autos à Justiça rogante sob o argumento de que, como o pedido de cooperação restringia-se à intimação da parte interessada de decisão relativa à ação de execução e ciência de documentos judiciais, consumara-se a comissão com a intimação efetuada via carta de ordem intimatória (fls. 31-33).

A carta de ordem intimatória foi cumprida no dia 21/10/2021 (fls. 32-33).

Transcorreu *in albis* o prazo para apresentação da impugnação (fl. 34).

A Defensoria Pública da União, curadora especial da parte interessada, não se opôs à concessão do *exequatur* (fls. 36-37). O Ministério Público Federal opinou pela devolução do processo à origem, cumprida a diligência rogada (fls. 41-42). O Presidente do STJ concedeu o *exequatur* sem remessa dos autos à Justiça Federal e determinou a devolução dos autos à Justiça rogante pelos seguintes fundamentos (fls. 44-45):

> Conforme entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é desnecessária a remessa dos autos à Justiça Federal quando a parte é devidamente intimada:
>
> Agravo interno na carta rogatória. Intimação por carta de ordem intimatória. Devolução dos autos à Justiça rogante ante o cumprimento da diligência.
>
> 1. Considera-se consumada a diligência requerida pela Justiça rogante quando a parte interessada, devidamente intimada mediante carta de ordem intimatória, apõe assinatura no próprio mandado e recebe a contrafé oferecida pelo oficial de Justiça, hipótese em que é desnecessária a remessa dos autos à Justiça Federal,

> devendo a comissão ser devolvida à Justiça rogante por intermédio da autoridade central competente.
>
> 2. Agravo interno desprovido. Diante do êxito na intimação pessoal da parte interessada (fls. XX XX), considero consumado o objeto da comissão. Pelo exposto, determino a devolução dos autos à Justiça rogante.
>
> (AgInt na Carta Rogatória n. 12.371 - EX (2017/0195590-9).
>
> Pelo exposto, diante do êxito na intimação pessoal da parte interessada, considero consumado o objeto da comissão. Assim, tendo em vista o seu devido cumprimento e com fulcro no art. 216-X do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, determino a devolução dos autos à Justiça rogante por intermédio da autoridade central.

Contra essa decisão, foi interposto o presente agravo interno.

A agravante alega que (fl. 50):

> No presente caso - além de nenhum dos demais requisitos restar cumprido -, apesar de constar o nome da parte interessada escrito a caneta no AR, há fundadas dúvidas de que seja a assinatura da parte interessa. Veja-se que o nome está apenas escrito em letra de forma, sem que possua as características típicas de uma assinatura.

O Ministério Público Federal não se pronunciou.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): O agravo interno não merece prosperar.

Verifica-se que a parte interessada foi devidamente intimada, tendo aposto sua assinatura e confirmado, assim, o recebimento da intimação (fls. 32-33).

Assim, ficou demonstrada que a parte interessada tomou conhecimento do conteúdo da carta rogatória e dos documentos encaminhados pela Justiça rogante.

A propósito, confira-se julgado da Corte Especial do STJ:

> Agravo interno na carta rogatória. Intimação prévia, via postal. Aviso de recebimento assinado pelo próprio interessado. Devolução dos autos à Justiça rogante ante o cumprimento da diligência. Agravo interno desprovido.

1. Como a parte Interessada assinou o aviso de recebimento da intimação prévia, conclui-se que esteja ciente da notificação objeto da rogatória, uma vez que acompanhada de cópia integral dos autos.

2. Consumada a diligência requerida, desnecessária a remessa dos autos à Justiça Federal, motivo pelo qual eles devem ser devolvidos à Justiça rogante, por intermédio da autoridade central competente.

3. Agravo interno desprovido. (AgInt na CR n. 11.262, relatora Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, DJe de 14/9/2017.)

Assim, cumprida a diligência requerida, é desnecessária a remessa dos autos à Justiça Federal, razão pela qual deve ser mantida a decisão agravada, que determinou a devolução dos autos à Justiça rogante por intermédio da autoridade central competente.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como penso. É como voto.

AGRAVO INTERNO NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA N. 2.925-MT (2021/0123084-6)

Relator: Ministro Presidente do STJ
Agravante: Ministerio Publico do Estado de Mato Grosso
Agravado: Município de Cuiabá
Advogado: Allison Akerley da Silva - MT008930
Requerido: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso

EMENTA

Agravo interno na suspensão de liminar e de sentença. Lesão à saúde e à ordem pública administrativa reconhecida. Política de vacinação. Combate Covid-19. Ausência de impugnação dos fundamentos da decisão recorrida.

1. São insuficientes ao cumprimento do dever de dialeticidade recursal as alegações genéricas de inconformismo, devendo a parte,

de forma clara, objetiva e concreta, demonstrar o desacerto da decisão impugnada. Precedentes.

2. O deferimento do pedido de suspensão está condicionado à demonstração de interesse público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia pública. Como no caso dos autos, é de ser deferida a excepcional medida de suspensão de liminar para evitar que sejam postas em risco a ordem administrativa.

3. Durante o combate à pandemia de covid-19, a presunção da legitimidade dos atos administrativos deve ser preservada de modo a evitar desordem na lógica de funcionamento regular do Estado na prestação dos serviços de saúde.

4. A suspensão de liminar e de sentença é medida excepcional que não tem natureza jurídica de recurso, razão pela qual não propicia a devolução do conhecimento da matéria para eventual reforma.

Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Luis Felipe Salomão, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Sérgio Kukina votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Paulo de Tarso Sanseverino.

Licenciado o Sr. Ministro Felix Fischer.

Convocado o Sr. Ministro Sérgio Kukina.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

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

Ministro Jorge Mussi, Presidente

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 5.4.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de agravo interno interposto pelo *Ministério Público do Estado de Mato Grosso* contra a decisão de fls. 175-178, que acolheu o pedido de suspensão de liminar e de sentença pleiteado pelo *Município de Cuiabá (MT)* determinando a suspensão de decisão liminar proferida nos autos da Ação Civil Pública n. 1011427-36.2021.8.11.0041, que havia determinado a criação de, no mínimo, 10 novos postos de vacinação contra covid-19 para o grupo prioritário de idosos, no prazo de 3 dias úteis, indicando os bairros a serem atendidos, bem como a forma como a vacinação deveria ocorrer.

O referido agravo faz referência a processo que tramita no âmbito da Vara Especializada em Ação Civil Pública e Popular de Cuiabá, proposta pela 34ª Promotoria de Justiça Cível do Ministério Público do Estado de Mato Grosso, que requereu a criação de novos postos de vacinação contra a covid-19 naquele município.

O Juízo de primeiro grau deferiu o pedido ministerial, que motivou o ajuizamento da Suspensão de Liminar e de Sentença n. 1006534-28.2021.8.11.0000 no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Por entender estarem ausentes os pressupostos da suspensão de liminar, a presidência daquela corte indeferiu o pedido (fls. 44-52).

Em face dessa decisão, o Município de Cuiabá manejou o pedido de contracautela no qual alegou lesão à ordem administrativa e à saúde pública.

Acolhido o pedido feito pelo ente municipal, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso manejou o presente recurso (fls. 183-194), sustentando a inadmissibilidade da suspensão de liminar por ausência de lesão aos institutos de proteção previstos na Lei n. 8.437/1992 bem como por estarem presentes o *fumus boni iures* e o *periculum in mora* na medida liminar requerida ao Juízo de primeiro grau.

O agravado apresentou impugnação ao presente recurso às fls. 198-204.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): O *Ministério Público do Estado de Mato Grosso*, irresignado com a decisão de fls. 175-178, que acolheu o pedido de suspensão de decisão pleiteado pelo *Município de Cuiabá*, que

determinou a suspensão dos efeitos da decisão proferida pela Justiça mato-grossense, manejou o presente agravo interno.

Da análise da peça recursal não se encontram alegações a contestar os fundamentos utilizados que reconheceram grave risco à ordem e à saúde públicas que alicerçaram a decisão recorrida.

É cabível a suspensão de liminar em ações movidas contra o Poder Público sempre que houver presente manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade e para evitar grave lesão à ordem e a saúde públicas, como foi demonstrado no presente caso, no qual se constatou interferência judicial na política pública de imunização da covid-19 em implementação pela municipalidade.

A peça recursal busca reiterar fundamentos vinculados ao mérito da ação principal, momento no qual registrei o entendimento de que "a escolha e a forma de realização do plano de imunização adotado pelo Município requerente se deu de acordo com planejamento realizado pelo corpo técnico da secretaria municipal de saúde que inclusive levou em consideração a composição amigável formalizada nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1003497-90.2021.8.11.0000, intermediada pela Central de Conciliação e Mediação do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso".

Nesse sentido, o agravante não apresentou impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão recorrida, motivo pelo qual, seguindo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em atenção ao princípio da dialeticidade recursal, é o caso de não conhecimento do presente recurso, uma vez que as razões recursais devem infirmar os fundamentos da decisão cuja alteração se pretende.

Para exemplificar, citem-se os seguintes julgados: AgInt no MS n. 26.142/DF, Primeira Seção, relator Ministro Sérgio Kukina, DJe de 16/9/2020; AgInt no AREsp n. 1.705.956/RS, Primeira Turma, relator Ministro Napoleão Nunes Maia, DJe de 16/10/2020; AgInt no AREsp n. 1.722.459/SP, Terceira Turma, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 30/11/2020; AgInt no AREsp n. 522.019/RJ, Quarta Turma, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJe de 30/11/2020; e AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.683.909/AM, Sexta Turma, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 29/10/2020.

Superado este fato, as questões apresentadas no presente recurso vinculam-se à não concordância do ente ministerial com a política vacinal implementada pelo Município de Cuiabá objetivando o combate da covid-19.

Neste sentido, a decisão impugnada foi firme ao estabelecer:

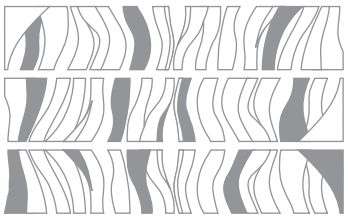
> [...]
>
> No presente caso, há que se consignar que a questão ora em análise traz semelhança com os processos já analisados nas Suspensões de Liminar e de Sentença n. 2.918 e 2.922, portanto já apreciada por esta presidência recentemente.
>
> Diferencia-se o fato de que, naqueles processos, a questão tratou sobre o combate à pandemia causada pela covid-19, mais especificamente sobre a destinação de leitos de UTI regulados pelo ente municipal e estadual. Já neste caso, o pedido apresentado pelo Município de Cuiabá diz respeito à interferência judicial na política pública de imunização da covid-19 que está sendo implementada pela municipalidade.
>
> A questão de fundo, portanto, refere-se à lesão ao Sistema de Saúde do Município de Cuiabá, que, em razão da liminar judicial deferida, se vê obrigado a alterar o plano municipal de vacinação elaborado pela autoridade sanitária municipal, que previu a realização da referida imunização em 3 fases. Reitero que, com relação às decisões por mim proferidas no que diz respeito à pandemia de covid-19, entendo que não se pode permitir que seja retirada dos atos administrativos do Poder Executivo a presunção da legitimidade ou veracidade, sob pena de se desordenar a lógica de funcionamento regular do Estado na prestação do serviço de saúde.
>
> O requerente informa que atualmente o Município de Cuiabá conta com 5 polos de vacinação, funcionando de acordo com as seguintes regras; Centro de eventos do Pantanal, destinado ao atendimento de idosos acima de 65 anos e trabalhadores da saúde; *Sesc* Balneário, para atendimento de idosos acima de 65 anos e trabalhadores da saúde no modelo tradicional; *Sesi Papa*, para atendimento de idosos em veículos pelo sistema "drive thru", com espaço pós vacina; UFMT, para atendimento de trabalhadores da saúde pelo sistema "drive thru"; Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, para atendimento de idosos acima de 65 anos e trabalhadores da saúde.
>
> Destaque ainda a informação de que, na data do requerimento, o município já havia aplicado 107.486 doses de vacina, sendo 80.532 referentes à primeira dose e 26.954 referentes à segunda, tendo ainda cumprido com a reserva de segunda dose determinada pelas diretrizes e critérios técnicos para a organização do processo de imunização.
>
> Considerando os prejuízos à saúde ocasionados por decisões liminares que, em razão da sua natureza unipessoal, não consideram os fatores gerais que interferem no Sistema de Saúde como um todo, o Conselho Nacional de Justiça editou recentemente a Recomendação n. 92/2021 com o objetivo de orientar os magistrados, à luz da independência funcional, a atuar na pandemia de covid-19,

> de forma a fortalecer o sistema brasileiro de saúde, com observância à isonomia e em atenção aos preceitos veiculados pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.
>
> [...].

Neste sentido, tendo em vista a comprovação de grave lesão à ordem pública e o manifesto interesse público reconhecido, entendo que deve ser mantida a decisão na qual foi deferido o pedido de contracautela.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como penso. É como voto.



Primeira Seção

AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 174.764-MA (2020/0234871-0)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques
Agravante: Ministério Público Federal
Agravado: José Eliomar da Costa Dias
Advogados: Carlos Sérgio de Carvalho Barros - MA004947
Eveline Silva Nunes - MA005332
Agravado: Município de Água Doce do Maranhão
Advogado: Marcos Paulo Sousa Campelo - PI005273
Suscitante: Juízo de Direito da 1ª Vara de Araioses - MA
Suscitado: Juízo Federal da 3ª Vara Cível de São Luís - SJ/MA

EMENTA

Processual Civil. Agravo interno no conflito de competência. Conflito negativo de competência instaurado entre Juízos estadual e federal. Ação de improbidade administrativa ajuizada por ente municipal em razão de irregularidades em prestação de contas de verbas federais. Mitigação das Súmulas 208/STJ e 209/STJ. Competência cível da Justiça Federal (art. 109, I, da CF) absoluta em razão da pessoa. Ausência de ente federal em qualquer dos polos da relação processual. Jurisprudência do STJ. Competência da Justiça Estadual. Agravo interno não provido.

1. No caso dos autos, o Município de Água Doce do Maranhão/MA ajuizou ação de improbidade administrativa contra José Eliomar da Costa Dias, em razão de irregularidades na prestação de contas de verbas federais decorrentes de convênio firmado com o PRONAT.

2. A competência para processar e julgar ações de ressarcimento ao erário e de improbidade administrativa, relacionadas à eventuais irregularidades na utilização ou prestação de contas de repasses de verbas federais aos demais entes federativos, estava sendo dirimida por esta Corte Superior sob o enfoque das Súmulas 208/STJ ("Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal") e 209/STJ

("Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal").

3. O art. 109, I, da Constituição Federal prevê, de maneira geral, a competência cível da Justiça Federal, delimitada objetivamente em razão da efetiva presença da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes na relação processual. Estabelece, portanto, competência absoluta em razão da pessoa (*ratione personae*), configurada pela presença dos entes elencados no dispositivo constitucional na relação processual, independentemente da natureza da relação jurídica litigiosa.

4. Por outro lado, o art. 109, VI, da Constituição Federal dispõe sobre a competência penal da Justiça Federal, especificamente para os crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União, entidades autárquicas ou empresas públicas. Assim, para reconhecer a competência, em regra, bastaria o simples interesse da União, inexistindo a necessidade da efetiva presença em qualquer dos polos da demanda.

5. Nesse contexto, a aplicação dos referidos enunciados sumulares, em processos de natureza cível, tem sido mitigada no âmbito deste Tribunal Superior. A Segunda Turma afirmou a necessidade de uma distinção (*distinguishing*) na aplicação das Súmulas 208 e 209 do STJ, no âmbito cível, pois tais enunciados provêm da Terceira Seção deste Superior Tribunal, e versam hipóteses de fixação da competência em matéria penal, em que basta o interesse da União ou de suas autarquias para deslocar a competência para a Justiça Federal, nos termos do inciso IV do art. 109 da CF. Logo adiante concluiu que a competência da Justiça Federal, em matéria cível, é aquela prevista no art. 109, I, da Constituição Federal, que tem por base critério objetivo, sendo fixada tão só em razão dos figurantes da relação processual, prescindindo da análise da matéria discutida na lide (excertos da ementa do REsp 1.325.491/BA, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Segunda Turma*, julgado em 05/06/2014, DJe 25/06/2014).

6. Assim, nas ações de ressarcimento ao erário e improbidade administrativa ajuizadas em face de eventuais irregularidades praticadas na utilização ou prestação de contas de valores decorrentes de convênio federal, o simples fato das verbas estarem sujeitas à

prestação de contas perante o Tribunal de Contas da União, por si só, não justifica a competência da Justiça Federal.

7. O Supremo Tribunal Federal já afirmou que o fato dos valores envolvidos transferidos pela União para os demais entes federativos estarem eventualmente sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas da União não é capaz de alterar a competência, pois a competência cível da Justiça Federal exige o efetivo cumprimento da regra prevista no art. 109, I, da Constituição Federal.

8. Igualmente, a mera transferência e incorporação ao patrimônio municipal de verba desviada, no âmbito civil, não pode impor de maneira absoluta a competência da Justiça Estadual. Se houver manifestação de interesse jurídico por ente federal que justifique a presença no processo, (*v.g.* União ou Ministério Público Federal) regularmente reconhecido pelo Juízo Federal nos termos da Súmula 150/STJ, a competência para processar e julgar a ação civil de improbidade administrativa será da Justiça Federal.

9. Em síntese, é possível afirmar que a competência cível da Justiça Federal, especialmente nos casos similares à hipótese dos autos, é definida em razão da presença das pessoas jurídicas de direito público previstas no art. 109, I, da CF na relação processual, seja como autora, ré, assistente ou oponente e não em razão da natureza da verba federal sujeita à fiscalização da Corte de Contas da União. Precedentes: AgInt no CC 167.313/SE, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, *Primeira Seção*, julgado em 11/03/2020, DJe 16/03/2020; AgInt no CC 157.365/PI, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, *Primeira Seção*, julgado em 12/02/2020, DJe 21/02/2020; AgInt nos EDcl no CC 163.382/PA, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Primeira Seção*, julgado em 27/11/2019, DJe 07/05/2020; AgRg no CC 133.619/PA, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, *Primeira Seção*, julgado em 09/05/2018, DJe 16/05/2018.

10. No caso dos autos, não figura em nenhum dos pólos da relação processual ente federal indicado no art. 109, I, da Constituição Federal, o que afasta a competência da Justiça Federal para processar e julgar a referida ação. Ademais, não existe nenhuma manifestação de interesse em integrar o processo por parte de ente federal e o Juízo Federal consignou que o interesse que prevalece restringe-se à órbita

do Município autor, o que atrai a competência da Justiça Estadual para processar e julgar a demanda.

11. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: "A Primeira Seção, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Francisco Falcão e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sérgio Kukina.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

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

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 17.2.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de agravo interno interposto pelo *Ministério Público Federal* em face de decisão desta Relatoria assim ementada:

> *Processual Civil e Constitucional. Conflito negativo de competência instaurado entre Juízos estadual e federal. Ação de improbidade administrativa ajuizada por ente municipal em razão de irregularidades em prestação de contas de verbas federais. Mitigação das Súmulas 208/STJ e 209/STJ. Competência cível da Justiça Federal (art. 109, I, da CF) absoluta em razão da pessoa. Ausência de ente federal em qualquer dos polos da relação processual. Jurisprudência do STJ. Competência da Justiça Estadual*

Nas razões do agravo interno, sustenta o agravante que "*Muito embora a Primeira Seção desse STJ venha utilizando a técnica do distinguishing para mitigar*

os Enunciados supramencionados, entende-se que a presença de ente federal não pode ser o único apoio objetivo para a manutenção da causa na Justiça Federal. Isso porque a União, lamentável e frequentemente desvia-se do propósito de fiscalizar a prestação de contas e a correta aplicação de suas próprias verbas, em claro descaso com a res publica e com os seus próprios interesses, que são indisponíveis e, portanto, não comportam renúncia. Nesse quadro, o que determina a fixação da competência não é a presença da União ou dos demais entes públicos federais na demanda, mas o objeto em lide" (e-STJ, fl. 308).

Houve apresentação de contraminuta.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Inicialmente, é necessário consignar que o presente processo atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 4/STJ: "*Nos feitos de competência cível originária e recursal do STJ, os atos processuais que vierem a ser praticados por julgadores, partes, Ministério Público, procuradores, serventuários e auxiliares da Justiça, a partir de 18 de março de 2016, deverão observar os novos procedimentos trazidos pelo CPC/2015, sem prejuízo do disposto em legislação processual especial*".

A pretensão não comporta acolhimento.

No caso dos autos, o Município de Água Doce do Maranhão/MA ajuizou ação de improbidade administrativa contra José Eliomar da Costa Dias, em razão de irregularidades na prestação de contas de verbas federais decorrentes de convênio firmado com o PRONAT.

A competência para processar e julgar ações de ressarcimento ao erário e de improbidade administrativa, relacionadas à eventuais irregularidades na utilização ou prestação de contas de repasses de verbas federais aos demais entes federativos, estava sendo dirimida por esta Corte Superior sob o enfoque das Súmulas 208/STJ ("*Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal*") e 209/STJ ("*Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal*").

O art. 109, I, da Constituição Federal prevê, de maneira geral, a competência cível da Justiça Federal, delimitada objetivamente em razão da

efetiva presença da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes na relação processual.

Estabelece, portanto, competência absoluta em razão da pessoa (*ratione personae*), configurada pela presença dos entes elencados no dispositivo constitucional na relação processual, independentemente da natureza da relação jurídica litigiosa.

Por outro lado, o art. 109, VI, da Constituição Federal dispõe sobre a competência penal da Justiça Federal, especificamente para os crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União, entidades autárquicas ou empresas públicas. Assim, para reconhecer a competência, em regra, bastaria o simples interesse da União, inexistindo a necessidade da efetiva presença em qualquer dos polos da demanda.

Nesse contexto, a aplicação dos referidos enunciados sumulares, em processos de natureza cível, tem sido mitigada no âmbito deste Tribunal Superior. A Segunda Turma afirmou a necessidade de uma distinção (*distinguishing*) na aplicação das Súmulas 208 e 209 do STJ, no âmbito cível, pois tais enunciados provêm da Terceira Seção deste Superior Tribunal, e versam hipóteses de fixação da competência em matéria penal, em que basta o interesse da União ou de suas autarquias para deslocar a competência para a Justiça Federal, nos termos do inciso IV do art. 109 da CF. Logo adiante concluiu que a competência da Justiça Federal, em matéria cível, é aquela prevista no art. 109, I, da Constituição Federal, que tem por base critério objetivo, sendo fixada tão só em razão dos figurantes da relação processual, prescindindo da análise da matéria discutida na lide (excertos da ementa do REsp 1.325.491/BA, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Segunda Turma*, julgado em 05/06/2014, DJe 25/06/2014).

No mesmo sentido, os recentes julgados da Primeira Seção desta Corte Superior:

> Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental no conflito de competência. Conflito negativo de competência instaurado entre Juízos estadual e federal. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada por município contra ex-prefeito. Irregularidades na aplicação de verbas oriundas do FUNDEB. Inocorrência de complementação da União ao FUNDEB, no período das irregularidades. Ausência de interesse da União reconhecida, pela Justiça Federal. Art. 109, I, da Constituição Federal. Competência absoluta, em razão da pessoa. Competência da Justiça Estadual para o julgamento do feito. Agravo regimental improvido.

I. Conflito de Competência suscitado nos autos de Ação Civil Pública ajuizada pelo Município de Itapeva/SP, na qual postula a condenação de ex-Prefeito pela prática de atos de improbidade administrativa, consubstanciados em irregularidades na aplicação de verbas do FUNDEB, recebidas pelo Município, no ano de 2004.

II. Nos termos da jurisprudência do STJ, (a) "a competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, I, da Constituição Federal, é fixada, em regra, em razão da pessoa (competência *ratione personae*), levando-se em conta não a natureza da lide, mas, sim, a identidade das partes na relação processual" (STJ, CC 105.196/RJ, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, *Primeira Seção*, DJe de 22/02/2010); e (b) "deve-se observar uma distinção (*distinguishing*) na aplicação das Súmulas 208 e 209 do STJ, no âmbito cível. Isso porque tais enunciados provêm da Terceira Seção deste Superior Tribunal, e versam hipóteses de fixação da competência em matéria penal, em que basta o interesse da União ou de suas autarquias para deslocar a competência para a Justiça Federal, nos termos do inciso IV do art. 109 da CF" (STJ, REsp 1.325.491/BA, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Segunda Turma*, DJe de 25/06/2014).

III. No caso, nenhum dos entes elencados no art. 109, I, da Constituição Federal figura na relação processual, seja como autor, réu, assistente ou oponente e, remetidos os autos à Justiça Federal, fora afastado, de forma expressa, o interesse da União no julgamento do feito, pois, no período dos fatos apurados, não houve complementação ao FUNDEB com verbas federais. Assim, compete ao Juízo Estadual, suscitante, o julgamento do feito (Súmulas 150, 224 e 254/STJ).

IV. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no CC 124.862/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, julgado em 24/02/2016, DJe 15/03/2016)

Processual Civil e Constitucional. Conflito negativo de competência instaurado entre Juízos estadual e federal. Ação de ressarcimento de danos ao erário ajuizada por município em face de ex-prefeito. Mitigação das Súmulas 208/STJ e 209/STJ. Competência cível da Justiça Federal (art. 109, I, da CF). Competência absoluta em razão da pessoa. Precedentes do STJ. Competência da Justiça Estadual.

1. No caso dos autos, o Município de Riachão do Jacuípe/BA ajuizou ação de reparação de danos ao patrimônio público contra o espólio de Valfredo Carneiro de Matos (ex-prefeito do município), em razão de irregularidades na prestação de contas de verbas federais decorrentes de convênio firmado entre a União (por meio do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE) e o município autor.

2. A competência para processar e julgar ações de ressarcimento ao erário e de improbidade administrativa relacionadas à eventuais irregularidades na utilização ou prestação de contas de repasses de verbas federais aos demais entes federativos tem sido dirimida por esta Corte Superior sob o enfoque das Súmulas

208/STJ ("Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal") e 209/STJ ("Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal").

3. O art. 109, I, da Constituição Federal estabelece, de maneira geral, a competência cível da Justiça Federal, delimitada objetivamente em razão da efetiva presença da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes na relação processual. Estabelece, portanto, competência absoluta em razão da pessoa (*ratione personae*), configurada pela presença dos entes elencados no dispositivo constitucional na relação processual, independentemente da natureza da relação jurídica litigiosa. Por outro lado, o art. 109, VI, da Constituição Federal dispõe sobre a competência penal da Justiça Federal, especificamente para os crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União, entidades autárquicas ou empresas públicas. Assim, para reconhecer a competência, em regra, bastaria o simples interesse da União, inexistindo a necessidade da efetiva presença em qualquer dos polos da relação jurídica litigiosa.

4. A aplicação dos referidos enunciados sumulares, em processos de natureza cível, tem sido mitigada no âmbito deste Tribunal Superior. A Segunda Turma afirmou a necessidade de uma "distinção (*distinguishing*) na aplicação das Súmulas 208 e 209 do STJ, no âmbito cível", pois "tais enunciados provêm da Terceira Seção deste Superior Tribunal, e versam hipóteses de fixação da competência em matéria penal, em que basta o interesse da União ou de suas autarquias para deslocar a competência para a Justiça Federal, nos termos do inciso IV do art. 109 da CF". Logo adiante concluiu que a "competência da Justiça Federal, em matéria cível, é aquela prevista no art. 109, I, da Constituição Federal, que tem por base critério objetivo, sendo fixada tão só em razão dos figurantes da relação processual, prescindindo da análise da matéria discutida na lide" (excertos da ementa do REsp 1.325.491/BA, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Segunda Turma*, julgado em 05/06/2014, DJe 25/06/2014). No mesmo sentido, o recente julgado da Primeira Seção deste Tribunal Superior: (CC 131.323/TO, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, *Primeira Seção*, julgado em 25/03/2015, DJe 06/04/2015).

5. Assim, nas ações de ressarcimento ao erário e de improbidade administrativa ajuizadas em face de eventuais irregularidades praticadas na utilização ou prestação de contas de valores decorrentes de convênio federal, o simples fato das verbas estarem sujeitas à prestação de contas perante o Tribunal de Contas da União, por si só, não justifica a competência da Justiça Federal.

6. O Supremo Tribunal Federal já afirmou que o fato dos valores envolvidos transferidos pela União para os demais entes federativos estarem eventualmente sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas da União não é capaz de alterar a competência, pois a competência cível da Justiça Federal exige o efetivo cumprimento da regra prevista no art. 109, I, da Constituição Federal: (RE 589.840 AgR, Relator(a): Min. *Cármen Lúcia*, Primeira Turma, julgado em 10/05/2011, DJe-099 divulg 25-05-2011 public 26-05-2011 Ement vol-02530-02 pp-00308).

7. Igualmente, a mera transferência e incorporação ao patrimônio municipal de verba desviada, no âmbito civil, não pode impor de maneira absoluta a competência da Justiça Estadual. Se houver manifestação de interesse jurídico por ente federal que justifique a presença no processo, (*v.g.* União ou Ministério Público Federal) regularmente reconhecido pelo Juízo Federal nos termos da Súmula 150/STJ, a competência para processar e julgar a ação civil de improbidade administrativa será da Justiça Federal.

8. Em síntese, é possível afirmar que a competência cível da Justiça Federal, especialmente nos casos similares à hipótese dos autos, é definida em razão da presença das pessoas jurídicas de direito público previstas no art. 109, I, da CF na relação processual, seja como autora, ré, assistente ou oponente e não em razão da natureza da verba federal sujeita à fiscalização da Corte de Contas da União.

9. No caso dos autos, não figura em nenhum dos pólos da relação processual ente federal indicado no art. 109, I, da Constituição Federal, e a União, regularmente intimada, manifestou a ausência de interesse em integrar a lide, o que afasta a competência da Justiça Federal para processar e julgar a referida ação.

10. Sobre o tema: AgRg no CC 109.103/CE, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, *Primeira Seção*, DJe 13/10/2011; CC 109.594/AM, Rel. Ministro *Luiz Fux*, *Primeira Seção*, DJe 22/09/2010; CC 64.869/AL, Rel. Min. *Eliana Calmon*, *Primeira Seção*, DJ de 12.2.2007; CC 48.336/SP, Rel. Min. *Castro Meira*, *Primeira Seção*, DJ de 13.3.2006; AgRg no CC 41.308/SP, Rel. Min. *Denise Arruda*, *Primeira Seção*, DJ de 30.5.2005.

11. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Estadual.

(CC 142.354/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 23/09/2015, DJe 30/09/2015)

Processual Civil e Administrativo. Conflito negativo de competência. Ação de improbidade. Irregularidades na prestação de contas. Aplicação de verbas da Fundação Nacional de Saúde-FUNASA. Até então, há a ausência de manifestação expressa da União quanto ao interesse em integrar à lide. Súmula 150/STJ. Art. 109, I da CF/88. *Rationae personae*. Competência da Justiça Estadual.

1. Hipótese em que, malgrado se refira à ACP por ausência de prestação de contas a órgão do Governo Federal, tendo em vista recursos por ele providos através de Convênio, houve a incorporação da verba no patrimônio do Município, o que, em tese, implica em conflito entre as Súmulas 208 e 209/STJ.

2. Nos termos da jurisprudência desta Casa, caracteriza-se o interesse da União quando a verba objeto do litígio é oriunda do Erário Federal e sujeita à prestação de contas e fiscalização por órgão federal, nos termos da Súmula 208/STJ.

3. Deve-se, no entanto, observar uma distinção na aplicação das Súmulas 208 e 209 do STJ, no âmbito cível, visto que tais enunciados provêm da Terceira

> Seção deste Superior Tribunal, e versam hipóteses de fixação da competência em matéria penal, em que basta o interesse da União ou de suas autarquias para deslocar a competência para a Justiça Federal, nos termos do inciso IV do art. 109 da CF.
>
> 4. O art. 109 da CF/88 elenca a competência da Justiça Federal em um rol taxativo que, em seu inciso I, menciona as causas a serem julgadas pelo juízo federal em razão da pessoa, competindo a este último decidir sobre a existência (ou não) de interesse jurídico que justifique, no processo, a presença da União, suas autarquias ou empresas públicas, conforme dispõe a Súmula 150 do STJ.
>
> 5. Hipótese em que não há nos autos manifestação de interesse na causa de qualquer um desses entes elencados no dispositivo constitucional.
>
> 6. Assim, a despeito da Súmula 208 do STJ, a competência absoluta enunciada no art. 109, I, da CF faz alusão, de forma clara e objetiva, às partes envolvidas no processo, tornando despicienda, dessa maneira, a análise da matéria discutida em juízo.
>
> 7. Conflito conhecido para declarar competente o *Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Colinas do Tocantins*.
>
> (CC 131.323/TO, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 25/03/2015, DJe 06/04/2015)

Assim, nas ações de ressarcimento ao erário e improbidade administrativa ajuizadas em face de eventuais irregularidades praticadas na utilização ou prestação de contas de valores decorrentes de convênio federal, o simples fato das verbas estarem sujeitas à prestação de contas perante o Tribunal de Contas da União, por si só, não justifica a competência da Justiça Federal.

O Supremo Tribunal Federal já afirmou que o fato dos valores envolvidos transferidos pela União para os demais entes federativos estarem eventualmente sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas da União não é capaz de alterar a competência, pois a competência cível da Justiça Federal exige o efetivo cumprimento da regra prevista no art. 109, I, da Constituição Federal:

> *Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Competência da Justiça Estadual para o julgamento de ações cíveis nas quais não figure como parte qualquer das pessoas elencadas no art. 109, inc. I, da Constituição da República. Irrelevância da alegação de prejuízo a entidade paraestatal, custeada por verba sujeita à fiscalização do Tribunal de Contas da União. Precedente. Agravo regimental ao qual se nega provimento*. (RE 589.840 AgR, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 10/05/2011, DJe-099 divulg 25-05-2011 public 26-05-2011 Ementa vol-02530-02 pp-00308)

Igualmente, a mera transferência e incorporação ao patrimônio municipal de verba desviada, no âmbito civil, não pode impor de maneira absoluta a competência da Justiça Estadual. Se houver manifestação de interesse jurídico por ente federal que justifique a presença no processo, (*v.g.* União ou Ministério Público Federal) regularmente reconhecido pelo Juízo Federal nos termos da Súmula 150/STJ, a competência para processar e julgar a ação civil de improbidade administrativa será da Justiça Federal.

Em síntese, é possível afirmar que a competência cível da Justiça Federal, especialmente nos casos similares à hipótese dos autos, é definida em razão da presença das pessoas jurídicas de direito público previstas no art. 109, I, da CF na relação processual, seja como autora, ré, assistente ou oponente e não em razão da natureza da verba federal sujeita à fiscalização da Corte de Contas da União.

Sobre o tema, a orientação deste Tribunal Superior:

> Processual Civil. Conflito de competência. Improbidade administrativa. Prefeito. Verbas do PNAE. Prestação de contas. Ausência de interesse da União. Súmula 150/STJ. Competência da Justiça Estadual.
>
> I - Na origem, trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa c/c ressarcimento de dano ao erário público proposta pelo Município de Monte Alegre/SE em desfavor do ex-prefeito, João Vieira de Aragão.
>
> II - A matéria objeto do presente conflito de competência já ascendeu a esta Corte em outras oportunidades, dando ensejo à sedimentação do seguinte entendimento: AgRg no CC 133.619/PA, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, *Primeira Seção*, julgado em 9/5/2018, DJe 16/5/2018 e AgInt no REsp 1.589.661/SP, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, *Primeira Turma*, julgado em 21/2/2017, DJe 24/3/2017.
>
> III - A fixação da competência em favor da Justiça Federal ocorre apenas nas causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou opoentes (CF, art. 109, I). Cuida-se, pois, de regra de competência *ratione personae*.
>
> IV - A teor do enunciado da Súmula 150 do Superior Tribunal de Justiça, "Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas pública". No caso, o Juízo Federal suscitado declinou sua competência em virtude da ausência de manifestação de interesse do FNDE em integrar a lide. Nesse sentido, já decidiu a C. Primeira Seção desta Corte, em processo de minha relatoria: AgInt no CC 138.008/PR, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, *Primeira Seção*, julgado em 22/3/2017, DJe 27/3/2017.

V - Há de se reconhecer, portanto, a incompetência do Juízo Federal para o processamento e julgamento da presente demanda, declarando-se competente o Juízo Estadual suscitante.

V VI - Agravo interno improvido.

(AgInt no CC 167.313/SE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 11/03/2020, DJe 16/03/2020)

Processo Civil. Agravo interno em conflito de competência. ACP por improbidade administrativa ajuizada pelo Município de Corrente/PE contra ex-prefeito, por supostas irregularidades em execução de convênio com órgão federal. Ausência de ente federal nos polos da ação. Interesse da União afastado. A competência da Justiça Federal, em matéria cível, é aquela prevista no art. 109, I da CF/88, que tem por base critério objetivo, fixada tão só em razão dos figurantes da relação processual, prescindindo da análise da matéria discutida na lide. Competência do Juízo Estadual suscitado. Agravo interno do *Parquet* federal desprovido.

1. Conflito Negativo de Competência estabelecido entre o Juízo Federal da Vara de Corrente/PI, suscitante, e o Juízo de Direito da Vara Única de Corrente/PI, suscitado, nos autos da Ação Civil Pública ajuizada pelo Município de Corrente/PI perante o Juízo Estadual contra ex-Alcaide, em virtude de suposta prática de ato de improbidade administrativa quanto à aplicação de recursos oriundos de convênio com órgão federal.

2. Acerca do tema, esta Corte Superior tem a diretriz de que, nas ações de ressarcimento ao erário e de improbidade administrativa ajuizadas em face de eventuais irregularidades praticadas na utilização ou prestação de contas de valores decorrentes de convênio federal, o simples fato das verbas estarem sujeitas à prestação de contas perante o Tribunal de Contas da União, por si só, não justifica a competência da Justiça Federal (CC 142.354/BA, Rel. Min. *Mauro Campbell Marques*, DJe 30.9.2015).

3. O art. 109 da CF/88 elenca a competência da Justiça Federal em rol taxativo que, em seu inciso I, menciona as causas a serem julgadas pelo juízo federal em razão da pessoa, competindo a este decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique, no processo, a presença da União, suas autarquias ou empresas públicas (Súmula 150/STJ).

4. Na espécie, não figura, em nenhum dos polos, ente federal indicado no art. 109, I, da CF/1988. Remetidos os autos à Justiça Federal, afastou-se o interesse federal na questão, firmando-se, assim, a competência da Justiça Estadual para processar e julgar a lide. Ilustrativos: AgRg no CC 133.619/PA, Rel. Min. *Sérgio Kukina*, DJe 16.5.2018; AgRg no CC 143.460/PA, Rel. Min. *Assusete Magalhães*, DJe 19.12.2016.

5. Agravo Interno do Parquet Federal desprovido.

(AgInt no CC 157.365/PI, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 12/02/2020, DJe 21/02/2020)

Agravo interno no conflito negativo de competência. Ação de improbidade administrativa lastreada em supostas ilegalidades quanto ao uso de recursos advenientes de convênio firmado entre o Município de Placas/PA e o Ministério dos Esportes. Manifestação expressa da União de que não intervirá no processo, firmando-se, por isso, a competência da Justiça Estadual para a lide. Parecer do MPF pela competência do Juízo Federal. Agravo interno do MPF desprovido.

1. Cuidam os autos de Ação de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Município de Placas/PA contra o ex-Prefeito Municipal, ao argumento de que o Gestor Público não comprovou o correto destino dos recursos advenientes de convênio firmado entre a municipalidade e o Ministério dos Esportes.

2. O art. 109 da CF/88 elenca a competência da Justiça Federal em um rol taxativo que, em seu inciso I, menciona as causas a serem julgadas pelo Juízo Federal em razão da pessoa, competindo a este último decidir sobre a existência (ou não) de interesse jurídico que justifique, no processo, a presença da União, suas autarquias ou empresas públicas, conforme dispõe a Súmula 150/STJ. Assim, a despeito da Súmula 208 do STJ, a competência absoluta enunciada no art. 109, I, da CF faz alusão, de forma clara e objetiva, às partes envolvidas no processo, tornando despicienda, dessa maneira, a análise da matéria discutida em juízo.

3. No caso dos autos, há registro de que a União manifestou não ter interesse em intervir na lide, razão pela qual não figura, em nenhum dos polos da relação processual, ente federal indicado no art. 109, I da Constituição Federal, o que atrai a competência da Justiça Estadual para processar e julgar a demanda de origem.

4. Agravo Interno não provido.

(AgInt nos EDcl no CC 163.382/PA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 27/11/2019, DJe 07/05/2020)

Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental no conflito de competência. Ação de improbidade administrativa. Verbas repassadas ao município por meio de convênio com o FNDE. Ausência de interesse da União. Competência da Justiça Estadual.

1. Nos termos do art. 109, I, da CF, a competência da Justiça Federal é ratione personae, exigindo-se a presença da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes.

2. Em regra, é competente a Justiça Estadual para processar e julgar agente público acusado de desvio de verba recebida em razão de convênio firmado com a ente federal.

3. Considerando que na subjacente ação civil pública por ato de improbidade administrativa não se descortina reflexo direto em interesse da União, consoante se infere dos pedidos formulados na respectiva petição inicial, deve-se manter a competência do Juízo de Direito da Vara de Aurora do Pará/PA.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no CC 133.619/PA, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, julgado em 09/05/2018, DJe 16/05/2018)

No caso dos autos, não figura em nenhum dos pólos da relação processual ente federal indicado no art. 109, I, da Constituição Federal, o que afasta a competência da Justiça Federal para processar e julgar a referida ação. Ademais, não existe nenhuma manifestação de interesse em integrar o processo por parte de ente federal e o Juízo Federal consignou que o interesse que prevalece restringe-se à órbita do Município autor, o que atrai a competência da Justiça Estadual para processar e julgar a demanda.

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

É o voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 28.124-DF (2021/0328552-8)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques
Impetrante: Companhia Energética Potiguar
Advogados: Márcio Vieira Souto Costa Ferreira - RJ059384
Pedro Coelho de Souza Monteiro Magalhães - BA020501
Guilherme Silveira Coelho - DF033133
Robson Lapoente Novaes Junior - DF067399
Impetrado: Ministro das Minas e Energia
Interes.: Empresa de Pesquisa Energética - EPE
Advogado: Bruno Abreu Bastos e outro(s) - RJ138772
Interes.: Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL
Interes.: União

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança. Ato impetrado: fixação de limite ao Custo Variável Unitário (CVU) de empreendimentos termelétricos para fins de participação em leilão de energia elétrica. Fixação do valor que se deu de modo fundamentado e em observância à atual política energética do Ministério das Minas e Energia, que considera os compromissos ambientais firmados pelo Brasil de redução de emissão de gases de efeito estufa. Ordem denegada.

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Companhia Energética Potiguar em face do Ministro de Estado das Minas e Energia, em que se requer o afastamento da limitação prevista no art. 7º, III, da Portaria Normativa GM/MME n. 20/2021, que impede a participação no Leilão de Reserva de Capacidade de 2021 de empreendimento cujo Custo Variável Unitário – CVU seja superior a R$600,00/MWh (seiscentos reais por megawatt-hora).

2. Não prospera a alegação de nulidade consistente na falta de apreciação específica do valor do CVU em audiência pública, pois o art. 4º, parágrafo único, do Decreto 10.707/2021, dispõe que os estudos que subsidiam a metodologia de definição do *montante total da reserva de capacidade a ser contratada* que serão submetidos à consulta pública, e não propriamente o valor máximo do CVU.

3. De qualquer forma, a formalidade da realização da audiência pública foi cumprida e, conforme bem observado pela autoridade impetrada, "a consulta não tem por fim causar a submissão das decisões político-administrativas à vontade popular, ou sequer a sua substituição, até mesmo pela dificuldade de obtenção de consenso diante da heterogeneidade dos diversos interesses cm jogo, mas sim possibilitar que a sociedade que participe ativamente do processo decisório e da elaboração de políticas públicas, em legítimo exercício de cidadania".

4. Também não é caso de acolher a nulidade fundada na ausência de fundamentação na fixação do valor do CVU. Sobre a matéria, a autoridade impetrada invocou o item 4.21 da Nota Técnica 093/2021/DPE/SPE, de 10/8/2021, emitida no âmbito da Consulta Pública 108/2021, segundo o qual "A fixação de um limite máximo para fins de habilitação técnica se faz necessária, de modo a impedir declarações desarrazoadas, bem como restringir a participação de empreendimentos que utilizem combustíveis em desacordo com os compromissos ambientais assumidos pelo país".

5. Ainda, a limitação do CVU se deu com o escopo de observar o princípio da modicidade tarifária – sob as premissas de que, quanto maior o CVU, maior o custo de geração e, por conseguinte, o custo total do sistema –, *sendo o seu valor fixado por meio de avaliação técnica específica realizada pela Empresa de Pesquisa Energética - EPE que, "para*

estimar os valores para os custos variáveis, considerou o histórico de preços dos combustíveis, realizou estimativas de preços futuros para cada um dos indexadores (...) Henry Hub, Brent e JKM, bem como utilizou a taxa de câmbio média do dólar nos últimos doze meses".

6. Na realidade, o que foi evidenciado no ato impetrado é o regular exercício da competência do Ministro de Estado de formular a política pública a ser adotada em sua área de atuação, atualmente prevista na Lei 13.844/2019, art. 41.

7. Ademais, mostram-se relevantes os argumentos da União de que, "*após longos estudos e avaliações técnicas dos órgãos e instituições públicas, que a contratação de usinas a óleo para o atendimento a requisitos sistêmicos estruturais e com contratos de longo prazo está descolada com as diretrizes de política pública, bem como com os movimentos e agendas internacionais que apontam para a transição energética*".

8. Ora, se a política energética objetiva conciliar a disponibilização de energia elétrica extra em períodos críticos com o dever de proteção ao meio ambiente (reiterando compromissos do País no plano internacional, notadamente o da redução da emissão de gases de efeito estufa), é perfeitamente legítima a limitação da participação de empreendimentos que a autoridade coatora considera poluentes, ainda que no âmbito residual da energia de reserva, que estaria limitada a 2% da capacidade total de geração no País – daí porque também não se vislumbra ofensa ao princípio da competitividade.

9. Ainda sobre o tema da competitividade, a manifestação da Empresa de Pesquisa Energética - EPE demonstra que a limitação da CVU não restringiu a participação no certame, tendo em vista a expressiva quantidade de novos empreendimentos cadastrados, que representariam 41.254 MW do total de 50.691 MW – considerando-se os 132 projetos cadastrados no leilão –, sendo que a oferta desses novos empreendimentos equivale a 76% do atual parque termelétrico brasileiro.

10. Não se evidenciando nenhuma ilegalidade na edição do ato impetrado, de alta densidade técnica e elaborado no contexto da política energética cuja elaboração é da competência da autoridade impetrada, com a participação de órgãos diversos da Administração Pública, não há razão para intervenção do Poder Judiciário no caso concreto.

11. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: "A Primeira Seção, por unanimidade, denegou a segurança, revogando a liminar anteriormente concedida, e julgou prejudicado o agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Francisco Falcão, Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou o Dr. Guilherme Silveira Coelho, pela parte impetrante: Companhia Energética Potiguar e assistiu ao julgamento a Dra. Karoline Busatto, pela parte interes.: União.

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

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 29.3.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Companhia Energética Potiguar em face do Ministro de Estado das Minas e Energia, em que se requer o afastamento da limitação prevista no art. 7º, III, da Portaria Normativa GM/MME n. 20/2021, que impede a participação no Leilão de Reserva de Capacidade de 2021 de empreendimento cujo Custo Variável Unitário – CVU seja superior a R$600,00/MWh (seiscentos reais por megawatt-hora).

Da inicial, destacam-se os seguintes argumentos: *(i)* "A previsão [normativa] impossibilitou o cadastramento e a habilitação de empreendimentos geradores que possuíssem 'Custo Variável Unitário – CVU' superior a R$600,00/MWh (seiscentos reais por megawatt-hora)"; *(ii)* "A limitação imposta jamais foi objeto de consulta pública e o número não possui razoabilidade nenhuma";

(iii) "A inexistência do efetivo debate público somada à ausência de uma análise séria por parte do MME levou ao único fim possível: o ato não possui fundamentação" (fl. 13-e); *(iv)* "(...) o ato coator, ao arbitrariamente excluir geradoras de participar – participar, frisa-se – do certame, violou o princípio da competitividade nas contratações públicas" (fl. 17-e); *(v)* "(...) não podem os agentes públicos do setor elétrico inovar nos requisitos legais para habilitação técnica, criando, por ato infra legal, requisito de qualificação técnica não prevista no rol taxativo do art. 67 da Lei de Licitações, sob pena de violar o princípio da legalidade" (fl. 20-e); *(vi)* "(...) o custo não possui nenhuma relação com eventuais danos ambientais. Exemplo disso é a utilização de usinas à carvão que, apesar de, em geral, possuírem CVUs mais baratos, são inegavelmente mais danosas ao meio ambiente – muito mais, diga-se"; *(vii)* "(...) é necessário frisar que o leilão objeto desta ação tem é de energia de reserva, ou seja, as usinas serão pontualmente acionadas pelo ONS. A projeção de geração é de cerca de 2% (isso mesmo, dois por cento)" (fl. 20-e).

No mais, observa a impetrante que, posteriormente ao ato impetrado, foi editada a MP da Crise Hídrica, dispondo sobre contratação de usina termelétrica com CVU de até 1.000,00/MWh (mil reais por megawatt-hora) – o que evidenciaria a ilegalidade da limitação aqui referida.

Ao final, pede a "concessão da segurança, confirmando-se a liminar, para que seja afastado o requisito imposto pelo art. 7º, III, da Portaria MME n. 20/2021" (fl. 23- e).

O pedido de liminar foi deferido para assegurar a participação da impetrante no leilão ocorrido no dia 21/12/2021.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, opina "pelo não conhecimento do mandado de segurança e, acaso conhecido, por sua denegação" (fl. 1920-e).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): É caso de denegar a segurança.

De início, cumpre afastar a preliminar de litispendência invocada pela interessada Empresa de Pesquisa Energética - EPE em sua manifestação nos autos.

Em resposta ao despacho de fl. 2110/2111-e, a impetrante esclareceu que os pedidos formulados na ação ordinária e no presente mandado de segurança são distintos, pois, naquela, pleitou-se a declaração da ilegalidade da limitação do CVU, ao passo que na ação mandamental, requer-se a não aplicação do ato impetrado sobre si, sendo a declaração de ilegalidade a causa de pedir, não o pedido.

Nessas circunstâncias, não se evidencia a alegada litispendência.

Também não há falar na aplicação da Súmula 266/STF, pois a impetrante está impugnando ato concreto capaz de impedir por si só sua participação no certame.

Pois bem.

Antes de examinarmos o mérito da impetração, cumpre delinear o que está em discussão nos presentes autos.

O Ministério das Minas e Energia decidiu por realizar Leilão para Contratação de Potência Elétrica e de Energia Associada para empreendimentos de geração, novos e existentes, que acrescentem potência elétrica ao Sistema Interligado Nacional - SIN.

No exercício de sua competência, a autoridade impetrada editou a Portaria Normativa n. 20/GM/MME, de 16 de agosto de 2021, com o propósito de estabelecer as diretrizes para a realização do leilão.

A presente insurgência está relacionada ao art. 7º, III, dessa portaria, assim redigido:

> *Art. 7º Não serão Habilitados Tecnicamente pela EPE os seguintes empreendimentos de geração*:
>
> *(...)*
>
> III - *termelétricos, cujo CVU, calculado nos termos do art. 5º da Portaria n. 46/GM/MME, de 9 de março de 2007, seja superior a R$ 600,00/MWh* (seiscentos Reais por megawatt-hora);

No presente caso, a impetrante sustenta que a fixação do valor máximo do Custo Variável Unitário - CVU ocorreu sem prévia e objetiva discussão a respeito em audiência pública.

Nessa parte, invoca a impetrante o art. 4º, parágrafo único, do Decreto 10.707/2021, *in verbis*:

> Art. 4º Para a realização dos leilões de reserva de capacidade de que trata o art. 3º, o Ministério de Minas e Energia *definirá o montante total de reserva de capacidade a ser contratada*, com base em estudos da Empresa de Pesquisa Energética e do Operador Nacional do Sistema Elétrico, respeitados os critérios gerais de garantia de suprimento estabelecidos pelo Conselho Nacional de Política Energética.
>
> Parágrafo único. *Os estudos elaborados para subsidiar a metodologia de definição do montante total de reserva de capacidade de que trata o caput serão submetidos a consulta pública realizada pelo Ministério de Minas e Energia*.

Pelo que se vê, a norma estipula que *os estudos que subsidiam a metodologia de* ***definição do montante total da reserva de capacidade a ser contratada*** que serão submetidos a consulta pública.

Como se vê, a norma não trata especificamente da fixação do valor do Custo Variável Unitário.

De todo modo, tal consulta ocorreu, conforme assumido pela própria impetrante, todavia, o valor da CVU foi fixado posteriormente, circunstância que não configura o descumprimento da formalidade prevista no parágrafo único do art. 4º do Decreto 10.707/2021.

A propósito, a manifestação da autoridade impetrada sobre a matéria (fl. 789-e), que aqui se adota como fundamento para denegar a segurança:

> (...)
>
> 25. Para tal objetivo, em respeito aos princípios da publicidade, transparência e participação na elaboração das decisões estatais, esta Pasta **divulgou, em consulta pública (n. 108/2021), minuta de Portaria de Diretrizes para a realização do Leilão de Reserva de Capacidade, de 2021, e as notas técnicas correlatas, para recebimento de contribuições entre 28/05/2021 e 14/06/2021**.
>
> 26. Enquanto mecanismo de participação popular na gestão pública, ***a consulta não tem por fim causar a submissão das decisões político-administrativas à vontade popular, ou sequer a sua substituição***, **até mesmo pela dificuldade de obtenção de consenso diante da heterogeneidade dos diversos interesses cm jogo, mas sim possibilitar que a sociedade que participe ativamente do processo decisório e da elaboração de políticas públicas, em legítimo exercício de cidadania** (**destaquei**).

Nesses termos, não prospera a tese de nulidade pela falta de debate público a respeito do valor do CVU.

Por outro lado, não é caso de acolher a nulidade por falta de fundamentação na fixação do valor do CVU.

Sobre a matéria, a autoridade impetrada invocou o item 4.21 da Nota Técnica 093/2021/DPE/SPE, de 10/8/2021, emitida no âmbito da Consulta Pública 108/2021, segundo o qual "A fixação de um limite máximo para fins de habilitação técnica se faz necessária, de modo a impedir declarações desarrazoadas, *bem como* ***restringir a participação de empreendimentos que utilizem combustíveis em desacordo com os compromissos ambientais assumidos pelo país***" (fl. 789-e).

Ainda, a limitação do CVU se deu com o escopo de observar o princípio da modicidade tarifária – sob as premissas de que, quanto maior o CVU, maior o custo de geração e, por conseguinte, o custo total do sistema –, sendo o seu valor fixado por meio de avaliação técnica específica realizada pela Empresa de Pesquisa Energética - EPE que, "para estimar os valores para os custos variáveis, *considerou o histórico de preços dos combustíveis, realizou estimativas de preços futuros para cada um dos indexadores (...) Henry Hub, Brent e JKM, bem como utilizou a taxa de câmbio média do dólar nos últimos doze meses*" (item 11 da Nota Informativa 50/2021/DPE/SPE, reproduzida pela autoridade impetrada em suas informações, fl. 790-e).

Consta também das informações que "o critério de seleção dos vencedores do certame se dá por uma ponderação entre a Receita Fixa e o CVU"; e que, "(..) a exemplo do CVU (que representa os custos variáveis), a Receita Fixa (custos fixos) também deverá observar um preço-teto a ser definido em edital", resguardando-se ao menos dois objetivos voltados a atender o interesse público, quais sejam: "maximizar a atratividade do leilão" e "estabelecer um mecanismo de proteção aos consumidores para a eventualidade da competição ser diluída por fatores conjunturais que não possam ser antecipados pelo regulador ou pelo Poder Concedente" (fls. 790/791, item 36).

Outrossim, a autoridade impetrada labora com a premissa de que o CVU mais alto, que é o caso das termelétricas, pode implicar maior emissão de gases de efeito estufa, por isso, objetivando reduzir os danos ao meio ambiente, adotou a política aqui controvertida.

Ainda sobre o ponto, colhem-se das informações explicações da autoridade impetrada na linha de que ***a metodologia empregada no cálculo do CVU*** *não representa surpresa para os interessados em participar do certame, pois já empregada anteriormente*.

Em reforço, observa a autoridade impetrada que os valores mais baixos de limite máximo dos certames anteriores foram atualizados porque por causa da flutuação do câmbio e da elevação dos preços internacionais dos combustíveis.

Sobre esses últimos temas, vejam-se os seguintes trechos das informações (fl. 791-e):

> (...)
>
> 37. Nota-se, portanto, que, no caso, do Leilão de Reserva de Capacidade de 2021, conforme registrado pelo MME na Nota Técnica n. 0093/2021/DPE/SPE, o limite de valor do CVU é necessário, por razões de política energética, inclusive para possibilitar o respeito aos compromissos ambientais assumidos pelo Brasil no cenário internacional, tendo em visto que **a tendência é que quanto maior o CVU da usina termelétrica maior seja o seu nível de emissão de gases de efeito estufa, sobretudo em se tratando das usinas existentes, que justamente é o caso da Impetrante**.
>
> 38. Outro aspecto importante é que **a metodologia definidora do critério de limitação do CVU não é nenhuma inovação, muito pelo contrário, é amplamente conhecida pelos agentes interessados, inclusive, já tendo sido aplicada em leilões de energia anteriores**. Novamente, a Nota Informativa n. 0050/2021/DPE/SPE que instrui, tecnicamente, estas informações, afirma que:
>
> > 8. **Importante observar que fixação de limite máximo de CVU para a participação em leilões do Ambiente de Contratação Regulado - ACR é pratica recorrente**. Até 2019, o limite vinha sendo estabelecido em RS 300,00/MWh para os leilões de energia nova. Recentemente para o Leilão de Energia Nova A-5, de 2021, este valor foi revisado para RS 400,00/MWh, tendo em vista **a recente elevação do câmbio e dos preços internacionais de combustíveis**. Observa-se, portanto, que o CVU máximo permitido para o Leilão de Reserva de Capacidade (RS600,00/MWh) é substancialmente mais elevado que os valores praticados para os leilões de energia.
> >
> > [...]
> >
> > 13. **Tal metodologia é conhecida pelos agentes, e é a mesma em todos os certames** - este ano, inclusive, já foram realizados Leilões de Energia Nova (LEN) "A-3" c "A-4", cujos limites de CVU basearam-se na mesma metodologia, e também já utilizada nas diretrizes do LEN "A-5", de 2021, não havendo qualquer questionamento por parte dos agentes. **destaquei**)

Nesses termos, não se evidencia nulidade na fixação do valor máximo do CVU, pois a autoridade impetrada esclareceu que o seu escopo foi o de *reduzir o custo final da geração de energia, bem assim o de mitigar os danos ao meio ambiente*,

contribuindo com a redução da emissão de gases de efeito estufa; além disso, consignou que a metodologia do cálculo é a mesma utilizada nos certames anteriores.

Na realidade, o que foi evidenciado é o regular exercício da competência do Ministro de Estado de formular a política pública a ser adotada na sua área de atuação – inclusive sob o viés ambiental –, atualmente prevista na Lei 13.844/2019, cujo art. 41 mostra-se bastante ilustrativo:

> Art. 41. Constituem áreas de competência do Ministério de Minas e Energia:
>
> *I - políticas nacionais de geologia, de exploração e de produção de recursos minerais e energéticos*;
>
> II - políticas nacionais de aproveitamento dos recursos hídricos, eólicos, fotovoltaicos e demais fontes para fins de geração de energia elétrica;
>
> III - política nacional de mineração e transformação mineral;
>
> *IV - diretrizes para o planejamento dos setores de minas e de energia*;
>
> *V - política nacional do petróleo, do combustível, do biocombustível, do gás natural, da energia elétrica e da energia nuclear*;
>
> *VI - diretrizes para as políticas tarifárias*;
>
> VII - energização rural e agroenergia, inclusive eletrificação rural, quando custeada com recursos vinculados ao setor elétrico;
>
> VIII - políticas nacionais de integração do sistema elétrico e de integração eletroenergética com outros países;
>
> *IX - políticas nacionais de sustentabilidade e de desenvolvimento econômico, social e ambiental dos recursos elétricos, energéticos e minerais*;
>
> X - elaboração e aprovação das outorgas relativas aos setores de minas e de energia;
>
> *XI - avaliação ambiental estratégica, quando couber, em conjunto com o Ministério do Meio Ambiente e com os demais órgãos relacionados*;
>
> XII - participação em negociações internacionais relativas aos setores de minas e de energia; e
>
> *XIII - fomento ao desenvolvimento e adoção de novas tecnologias relativas aos setores de minas e de energia*.
>
> *Parágrafo único. Compete, ainda, ao Ministério de Minas e Energia zelar pelo equilíbrio conjuntural e estrutural entre a oferta e a demanda de energia elétrica no País*.

Pelo que se vê, são insubsistentes as alegações na linha de que o valor fixado se deu sem prévia consulta pública, ou então de modo arbitrário, sem a devida fundamentação.

Quanto ao mais, a alegação da impetrante de que o valor foi fixado sem prévia análise de impacto regulatório por si só não evidencia ofensa a direito líquido e certo de participar do certame, pois, conforme já demonstrado, o valor do CVU se deu de modo fundamentado e em compatibilidade com a política energética estabelecida pela autoridade impetrada.

Também não se vislumbra ofensa ao princípio da competitividade.

Sobre o ponto, conforme já visto nas informações, a autoridade impetrada fixou o valor tendo em vista a necessidade de reduzir os danos ao meio ambiente decorrentes da atividade de produção de energia elétrica.

Ainda, conforme já dito anteriormente, a limitação do CVU é empregada de modo rotineiro nos leilões de energia elétrica, não representando surpresa aos empreendimentos interessados em fechar contratos com a Administração Pública.

Ademais, no agravo interno contra a decisão de deferimento de liminar que permitiu a participação da impetrante no certame, a União traz argumentos que evidenciam a adoção de política que busca conciliar a segurança energética com a proteção ao meio ambiente, senão vejamos:

> (...)
>
> Cumpre destacar também a Lei n. 9.478/1997, que dispõe sobre a política energética nacional, das quais se destaca para a presente medida que se busca implementar, as disposições previstas nos incisos I a IV do art. 1º, prescrevendo o seguinte, veja:
>
> > Art. 1º As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos:
> >
> > I - preservar o interesse nacional;
> >
> > II - promover o desenvolvimento, ampliar o mercado de trabalho e valorizar os recursos energéticos;
> >
> > III - proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;
> >
> > **IV - proteger o meio ambiente e promover a conservação de energia**;
>
> Da leitura desses dispositivos, compete a esta Pasta zelar pelo equilíbrio conjuntural e estrutural entre a oferta e a demanda de energia elétrica no País, aplicando, para isso, os princípios e objetivos da Política Energética Nacional, buscando preservar o interesse nacional, a identificação de soluções mais adequadas para o suprimento de energia elétrica nas diversas regiões do País e a

promoção do uso racional dos recursos energéticos disponíveis, e, especialmente, proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos e o meio ambiente.

Já a **Lei n. 12.187/2009 instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC)**, estabelecendo seus princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos. Este diploma definiu, como compromisso nacional voluntário do Estado brasileiro, uma meta de redução das emissões de gases de efeito estufa entre 36,1% e 38,9% em relação aos valores projetados para 2020, veja:

> Art. 12. Para alcançar os objetivos da PNMC, o País adotará, como compromisso nacional voluntário, ações de mitigação das emissões de gases de efeito estufa, com vistas em reduzir entre 36,1% (trinta e seis inteiros e um décimo por cento) e 38,9% (trinta e oito inteiros e nove décimos por cento) suas emissões projetadas até 2020. (Regulamento)
>
> Parágrafo único. A projeção das emissões para 2020 assim como o detalhamento das ações para alcançar o objetivo expresso no caput serão dispostos por decreto, tendo por base o segundo Inventário Brasileiro de Emissões e Remoções Antrópicas de Gases de Efeito Estufa não Controlados pelo Protocolo de Montreal, a ser concluído em 2010.

Dessa forma, a PNMC oficializa o compromisso voluntário do Brasil junto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima de redução de emissões de gases de efeito estufa entre 36,1% e 38,9% das emissões projetadas até 2020, buscando garantir que o desenvolvimento econômico e social contribua para a proteção do sistema climático global.

O Decreto n. 9.578/2018, que atualmente regulamenta a PNMC, consolida os atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima e dispõe que o PNMS será integrado pelos planos de ação para a prevenção e o controle do desmatamento nos biomas e pelos planos setoriais de mitigação e de adaptação às mudanças climáticas, de que tratam, respectivamente, os art. 6º e art. 11 da Lei n. 12.187/2009.

Ao tratar desse assunto, o Departamento de Planejamento Energético - DPE/SPE, chamado a se manifestar sobre os impactos negativos que os CVU's das empresas Impetrantes, superiores ao limite máximo para habilitação técnica no certame, previsto no art. 7º, III, da Portaria GM/MME n. 20/2021, causarão, através da Nota Informativa n. 00056/2021 /DPE/SPE, afirmou que:

> 9. O Leilão de Reserva de Capacidade possui características e objetivos distintos em relação aos leilões de energia; nesse caso o objetivo principal do leilão é a contratação de disponibilidade de potência a partir de empreendimentos que estejam disponíveis a qualquer momento para o sistema. Assim, para a contratação de reserva de capacidade é razoável

admitir custos variáveis mais elevados, desde que a receita fixa percebida pelo gerador seja menor, o que resultaria em um custo total de operação mais equilibrado, uma vez que é desejável que os empreendimentos estejam disponíveis para o atendimento ao SIN em situações de demanda máxima do sistema, portanto menos frequentes. Contudo, considerando que o valor do CVU corresponde ao valor a ser pago pela energia gerada, é razoável uma avaliação por parte do Poder Concedente da razoabilidade dos valores a serem pagos, com vistas a não onerar demasiadamente o consumidor.

10. **O argumento exposto alinha-se com a modicidade tarifária, como exporemos a seguir. O Sistema Interligado Nacional (SIN) hoje conta com empreendimentos de geração com valores de CVUs que excursionam desde R$ 0/MWh (usinas sem CVU) até cerca de R$ 2.000,00/MWh; portanto, é parte da preocupação com a modicidade tarifária o estabelecimento de limite máximo em contratações reguladas, de forma a limitar o custo das contratações quando da efetiva geração pelo empreendimento, limitando, também, o custo total de geração do sistema ao selecionar empreendimentos de menor custo**.

11. **Nesse sentido, a fixação do limite do CVU utilizado no Leilão de Reserva de Capacidade, como de praxe, foi baseado em avaliação técnica específica realizada pela Empresa de Pesquisa Energética - EPE que, para estimar os valores para os custos variáveis, considerou o histórico de preços dos combustíveis, realizou estimativas de preços futuros para cada um dos indexadores ao Henry Hub, Brent e JKM, bem como utilizou a taxa de câmbio média do dólar nos últimos doze meses**.

12. **Ademais, a EPE considera na formação dos preços: Consumo Interno e Perdas elétricas; Fator de Perdas na Rede Básica, do ponto de conexão até o centro de gravidade do Submercado; Encargos e Impostos aplicáveis; e Custos variáveis de Operação e Manutenção. Não cabe afirmar, portanto, que tal definição é desarrazoada ou desmotivada**. (*original sem grifo*)

Verifica-se, portanto, que os compromissos ambientais assumidos pelo país se situam não apenas no âmbito da legislação doméstica, mas também no plano internacional, sendo que as diretrizes para a elaboração dos planos decenais de expansão já se encontram alinhadas com o Objetivo 7 dos ODS, uma vez que buscam garantir a confiabilidade do suprimento de energia elétrica a mínimo custo, incorporando ainda limites para emissões de gases de efeito estufa e novas tecnologias (fls. 1.911/1.912-e, **destaquei**).

Nessa peça, reitera a União a conclusão de que, "após longos estudos e avaliações técnicas dos órgãos e instituições públicas, que **a contratação de**

usinas a óleo para o atendimento a requisitos sistêmicos estruturais e com contratos de longo prazo está descolada com as diretrizes de política pública, bem como com os movimentos e agendas internacionais que apontam para a transição energética" (fl. 1.914-e, **destaquei**).

Ora, se a política energética objetiva conciliar a disponibilização de energia elétrica extra em períodos críticos com o dever de proteção ao meio ambiente (reiterando compromissos do País no plano internacional), é perfeitamente legítima a limitação da participação de empreendimentos que a autoridade coatora considera poluentes, ainda que no âmbito residual da energia de reserva, que estaria limitada a 2% da capacidade total de geração no País.

Ainda sobre o ponto, a manifestação da Empresa de Pesquisa Energética - EPE demonstra que a limitação da CVU não restringiu a participação no certame, tendo em vista a expressiva quantidade de novos empreendimentos cadastrados, que representariam 41.254 MW do total de 50.691 MW – considerando-se os 132 projetos cadastrados no leilão –, sendo que a oferta desses novos empreendimentos equivale a 76% do atual parque termelétrico brasileiro.

Veja-se à fl. 1.823-e:

> (...)
>
> 55. Alega a Impetrante que o estabelecimento de um critério de qualificação por valor de CVU afetará a competitividade do certame. Nesse ponto, vale ressaltar que, conforme Informe de Cadastramento publicado pela EPE, para o Leilão de Reserva de Capacidade de 2021 foram cadastrados 132 projetos, totalizando 50.691 MW de capacidade instalada, dos quais 41.254 MW são de novos empreendimentos de geração.
>
> 56. Para se ter uma ideia de quão grande é essa oferta, segundo o Sistema de Informações de Geração da ANEEL - SIGA, a potência total outorgada do parque gerador termelétrico brasileiro totaliza 54.286,5 MW de capacidade instalada. Observa-se, portanto, que a oferta de novos empreendimentos cadastrados para o Leilão corresponde a 76% do atual parque termelétrico brasileiro. Ora, tendo em vista tamanho interesse de empreendimentos novos e existentes - cientes dos limites de CVU definidos nas diretrizes - em participar do Leilão, fica evidente que as condições para participação estabelecidas pelo Poder Concedente não restringirão a competição no certame.

Nessas circunstâncias, não há falar em ofensa ao princípio da competitividade.

Por fim, não socorre a impetrante a invocação da Medida Provisória 1.055/2021, referida como "MP da crise hídrica", em que permitida a

contratação de usina termelétrica com CVU de até R$-1.000,00/MWh (mil reais por megawatt-hora).

É que essa medida provisória foi editada em caráter de urgência e com o objetivo de assegurar o suprimento extra de energia nos próximos anos (2022 e 2025), ou seja, para atender a necessidades de curto e médio prazo.

Por outro lado, o valor máximo de CVU adotado no ato impetrado se deu no âmbito de planejamento setorial de longo prazo, que também leva em conta a política de redução dos danos ambientais decorrentes da geração de energia elétrica (já mencionada aqui).

Em suma, não se evidenciando nenhuma ilegalidade na edição do ato impetrado, de alta densidade técnica e elaborado no contexto da política energética cuja elaboração é da competência da autoridade impetrada, com a participação de órgãos diversos da Administração Pública, não há razão para intervenção do Poder Judiciário no caso concreto.

Nessa linha de consideração, citam-se os seguintes julgados:

> Administrativo. Direito Educacional. Ministro de Estado da Educação. Recurso impróprio. Não conhecido. Matéria exaurida. Art. 63, IV, da Lei n. 9.784/99. Credenciamento e autorização para oferta de ensino a distância. Instituição nova sem cursos prévios. Impossibilidade. Prática do ato autorizativo por via judicial. Inadmissível.
>
> 1. Cuida-se de *writ* impetrado com o objetivo de que recurso administrativo dirigido ao Ministro de Estado da Educação fosse conhecido no mérito, e provido, para determinar, ao mesmo tempo, o credenciamento de nova entidade educacional e a autorização de curso de graduação em direito, tudo na modalidade de ensino a distância.
>
> 2. O pedido administrativo foi apreciado em detalhes por duas instâncias administrativas no Ministério da Educação, com atenção aos ditames do art. 80 da Lei n. 9.394/96, regulamentado pelo Decreto n. 5..622/2005 e detalhado pela Portaria Normativa n. 02/2007, consolidada - depois - na Portaria Normativa n. 40/2007. Após a negativa, a impetrante interpôs recurso hierárquico impróprio ao Ministro de Estado.
>
> 3. A análise dos autos demonstra que o tema foi tratado com atenção ao ponto de vista técnico, com acurado detalhamento, tendo recebido pareceres e análises longos; foi possibilitada ampla ação recursal; todavia, quando da apreciação pelo Ministro de Estado, não foi ele conhecido, com fulcro no art. 63, IV, da Lei n. 9.784/99 e o art. 12 da Portaria Normativa n. 40/2007, porque já havia sido esgotada a tramitação administrativa.

4. Do ponto de vista formal, não há irregularidade na conduta da autoridade impetrada, já que o tema fora examinado sob o prisma técnico, de forma percuciente; ademais, fica evidente que foi facultada ampla possibilidade de intervenção no processo administrativo.

5. O credenciamento para oferta da educação superior à distância só pode ser outorgado a instituições educacionais já credenciadas, ao teor do art. 9º do Decreto n. 5.622/2005 e do art. 44 da Portaria Normativa n. 40/2007, que substituiu a Portaria Normativa n. 02/2007.

6. Do ponto de vista substantivo - que é o cerne da impetração - descabe ao Poder Judiciário substituir-se ao administrador especializado e competente de forma a credenciar instituição, ou autorizar o funcionamento de curso de graduação em direito, ainda mais tendo em conta que a negativa foi baseada na desatenção aos ditames legais e regulamentares que regem o sistema educacional pátrio.

Segurança denegada.

(MS 13.997/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 27/06/2012, DJe 02/08/2012)

Administrativo. Recurso ordinário. Mandado de segurança impetrado pelo Município de Marília contra ato do Governador do Estado de São Paulo, consubstanciado no Decreto 64.997/2002, em que estabelecido o regime de quarentena de cada uma de suas regiões. Alegação de ofensa ao princípio da igualdade, pois o regime de quarentena do Município de São Paulo leva em conta apenas seus dados locais, e não os regionais. Violação a direito líquido e certo não demonstrada. Desprovimento do recurso.

1. Decorre o presente recurso de mandado de segurança impetrado pelo Município de Marília com o objetivo de obter a sua recategorização da cor "laranja" para "verde" dentro dos critérios estabelecidos no Decreto Estadual 64.997/2020, que instituiu o "Plano São Paulo", pelo qual o território estadual foi dividido em macrorregiões epidemiológicas (Departamentos Regionais de Saúde - DRS), classificadas em quatros cores (vermelha, laranja, amarela e verde) representando os graus de restrição à atividade econômica local.

2. Segundo o impetrante, os índices locais o colocariam na fase 4 de restrição (verde) dentro da DRS IX, mas o impetrado a categorizou em faixa muito mais restritiva, prejudicando a de economia local e o retorno à normalidade, a despeito de não ter agido com o mesmo critério com o Município de São Paulo, que não obstante estar inserto na DRS I, de cor vermelha, foi elevado à categoria isolada "laranja", demonstrando inequívoca arbitrariedade que fere o princípio constitucional da igualdade.

3. A segurança foi denegada pelo entendimento de que o ato impetrado possui conteúdo tipicamente normativo, dotado de ampla generalidade e

abstração, daí a incidência da Súmula 266/STF ("Não cabe mandado de segurança contra lei em tese").

4. Ocorre que, conforme entendimento do relator do acórdão recorrido (que, em homenagem ao princípio da colegialidade, se curvou a entendimento da Corte paulista em casos idênticos), o Plano São Paulo tem a natureza de norma de efeitos concretos sobre a esfera jurídica das pessoas físicas e jurídicas por ele atingidos, por isso impugnável na via do mandado de segurança. Na mesma linha, o parecer do Ministério Público Federal nos presentes autos, em que defendido o afastamento da Súmula 266/STF.

5. Não podem ser conhecidos os argumentos do recurso ordinário na linha da inconstitucionalidade dos decretos que tratam da quarentena e da instituição do Plano São Paulo, bem assim os de esvaziamento da autonomia municipal prevista na Constituição Federal, pois não foram apresentados como causa de pedir na inicial do mandado de segurança, constituindo, por isso, indevida inovação recursal.

6. Quanto ao mérito do mandado de segurança, a autoridade coatora justificou em suas informações os critérios adotados no "Plano São Paulo", merecendo destaque os seguintes trechos: (i) "conforme aponta Nota Técnica do Centro de Contingência do Coronavírus da Secretaria da Saúde (Anexo I do Decreto n. 64.994/2020), o 'Plano São Paulo' é fruto da constatação de que os gestores estaduais da saúde se deparam com uma nova fase de combate à COVID-19"; (ii) "observadas as especificidades regionais e setoriais presentes no vasto território estadual, no qual habitam mais de 44 milhões de pessoas, o Centro de Contingência, impelido pela necessidade de adotar uma abordagem heterogênea resultante de condições epidemiológicas e estruturais díspares, propôs 'nova forma de quarentena' alicerçada em dois critérios estruturantes: a evolução da COVID-19 e a capacidade de resposta do sistema de saúde"; (iii) "recomenda-se uma abordagem específica para a Capital do Estado, em razão de sua dimensão, que comporta, ao mesmo tempo, aproximadamente 12 milhões habitantes, e capacidade estrutural de saúde independente, com características próprias que concentram centros de referência em saúde reconhecidos internacionalmente"; e (iv) "tais características, inclusive, justificam o tratamento diferenciado ao Município de São Paulo, cujo território corresponde a uma subárea específica do DRS I ? Grande São Paulo, a RRAS-06".

7. É caso de desprovimento do recurso, pois o recorrente não demonstrou a alegada violação ao princípio da igualdade, tendo em vista que o tratamento diferenciado à cidade de São Paulo foi devidamente justificado na Nota Técnica referida nas informações da autoridade coatora, quando ressaltado que a capital possui "aproximadamente 12 milhões habitantes, e capacidade estrutural de saúde independente, com características próprias que concentram centros de referência em saúde reconhecidos internacionalmente".

8. Não evidenciada violação a direito líquido e certo, não há razão para intervenção do Judiciário em ato emanado do exercício do poder discricionário do Governador do

Estado de São Paulo na implantação do "Plano São Paulo" de enfrentamento da gravíssima crise de saúde pública decorrente da propagação da Covid-19. Conforme bem observado pelo TJ/SP no exame de caso idêntico, "em situações dessa natureza, se for possível à Administração adotar duas ou mais medidas igualmente razoáveis, então ao Poder Judiciário é vedado dizer qual delas mais atenderia ao interesse público".

9. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RMS 65.812/SP, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 13/04/2021, DJe 19/04/2021)

Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de interpretação conforme a Constituição. Art. 7º, III e XV, in fine, da Lei n. 9.782/1999. Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da ANVISA n. 14/2002. Proibição da importação e da comercialização de produtos fumígenos derivados do tabaco contendo aditivos. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Regulação setorial. Função normativa das agência reguladoras. Princípio da legalidade. Cláusulas constitucionais da liberdade de iniciativa e do direito à saúde. Produtos que envolvem risco à saúde. Competência específica e qualificada da ANVISA. Art. 8º, § 1º, X, da Lei n. 9.782/1999. Jurisdição constitucional. Deferência administrativa. Razoabilidade. Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco – CQCT. Improcedência. 1. Ao instituir o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, a Lei n. 9.782/1999 delineia o regime jurídico e dimensiona as competências da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, autarquia especial. 2. A função normativa das agências reguladoras não se confunde com a a função regulamentadora da Administração (art. 84, IV, da Lei Maior), tampouco com a figura do regulamento autônomo (arts. 84, VI, 103-B, § 4º, I, e 237 da CF). 3. A competência para editar atos normativos visando à organização e à fiscalização das atividades reguladas insere-se no poder geral de polícia da Administração sanitária. Qualifica-se, a competência normativa da ANVISA, pela edição, no exercício da regulação setorial sanitária, de atos: (i) gerais e abstratos, (ii) de caráter técnico, (iii) necessários à implementação da política nacional de vigilância sanitária e (iv) subordinados à observância dos parâmetros fixados na ordem constitucional e na legislação setorial. Precedentes: ADI 1.668/DF-MC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 16.4.2004; RMS 28.487/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 14.3.2013; ADI 4.954/AC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014; ADI 4.949/RJ, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 03.10.2014; ADI 4.951/PI, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 26.11.2014; ADI 4.093/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014. 4. Improcedência do pedido de interpretação conforme a Constituição do art. 7º, XV, parte final, da Lei n. 9.782/1999, cujo texto unívoco em absoluto atribui competência normativa para a proibição de produtos ou insumos em caráter geral e primário. Improcedência também do pedido alternativo de interpretação conforme a Constituição do art. 7º, III, da Lei n. 9.782/1999, que confere à ANVISA competência normativa

condicionada à observância da legislação vigente. 5. Credencia-se à tutela de constitucionalidade in abstracto o ato normativo qualificado por abstração, generalidade, autonomia e imperatividade. Cognoscibilidade do pedido sucessivo de declaração de inconstitucionalidade da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) n. 14/2012 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. 6. Proibição da fabricação, importação e comercialização, no país, de produtos fumígenos derivados do tabaco que contenham as substâncias ou compostos que define como aditivos: compostos e substâncias que aumentam a sua atratividade e a capacidade de causar dependência química. Conformação aos limites fixados na lei e na Constituição da República para o exercício legítimo pela ANVISA da sua competência normativa. 7. A liberdade de iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, *caput*, da Lei Maior) não impede a imposição, pelo Estado, de condições e limites para a exploração de atividades privadas tendo em vista sua compatibilização com os demais princípios, garantias, direitos fundamentais e proteções constitucionais, individuais ou sociais, destacando-se, no caso do controle do tabaco, a proteção da saúde e o direito à informação. O risco associado ao consumo do tabaco justifica a sujeição do seu mercado a intensa regulação sanitária, tendo em vista o interesse público na proteção e na promoção da saúde. 8. O art. 8º, caput e § 1º, X, da Lei n. 9.782/1999 submete os produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco, a regime diferenciado específico de regulamentação, controle e fiscalização pela ANVISA, por se tratar de produtos que envolvem risco à saúde pública. A competência específica da ANVISA para regulamentar os produtos que envolvam risco à saúde (art. 8º, § 1º, X, da Lei n. 9.782/1999) necessariamente inclui a competência para definir, por meio de critérios técnicos e de segurança, os ingredientes que podem e não podem ser usados na fabricação de tais produtos. Daí o suporte legal à RDC n. 14/2012, no que proíbe a adição, nos produtos fumígenos derivados do tabaco, de compostos ou substâncias destinados a aumentar a sua atratividade. De matiz eminentemente técnica, a disciplina da forma de apresentação (composição, características etc.) de produto destinado ao consumo, não traduz restrição sobre a sua natureza. *9. Definidos na legislação de regência as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Aplicação da doutrina da deferência administrativa (Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council)*. 10. A incorporação da CQCT ao direito interno, embora não vinculante, fornece um standard de razoabilidade para aferição dos parâmetros adotados na RDC n. 14/2012 pela ANVISA, com base na competência atribuída pelos arts. 7º, III, e 8º, § 1º, X, da Lei n. 9.782/1999. 11. Ao

> editar a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 14/2012, definindo normas e padrões técnicos sobre limites máximos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono nos cigarros e restringindo o uso dos denominados aditivos nos produtos fumígenos derivados do tabaco, sem alterar a sua natureza ou redefinir características elementares da sua identidade, a ANVISA atuou em conformidade com os lindes constitucionais e legais das suas prerrogativas, observados a cláusula constitucional do direito à saúde, o marco legal vigente e a estrita competência normativa que lhe outorgam os arts. 7º, III, e 8º, § 1º, X, da Lei n. 9.782/1999. Improcedência do pedido sucessivo. 12. Quórum de julgamento constituído por dez Ministros, considerado um impedimento. Nove votos pela improcedência do pedido principal de interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, do art. 7º, III e XV, in fine, da Lei n. 9.782/1999. Cinco votos pela improcedência e cinco pela procedência do pedido sucessivo, não atingido o quórum de seis votos (art. 23 da Lei n. 9.868/1999) – maioria absoluta (art. 97 da Constituição da República) – para declaração da inconstitucionalidade da RDC n. 14/2012 da ANVISA, a destituir de eficácia vinculante o julgado, no ponto. 13. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, e, no mérito julgados improcedentes os pedidos principais e o pedido sucessivo. Julgamento destituído de efeito vinculante apenas quanto ao pedido sucessivo, porquanto não atingido o quórum para a declaração da constitucionalidade da Resolução da Diretoria Colegiada n. 14/2012 da ANVISA. (ADI 4.874, Relator(a): Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2018, Processo Eletrônico DJe-019 divulg 31-01-2019 public 01-02-2019)

Ante o exposto, revogo a liminar e ***denego*** *a segurança. Prejudicado o agravo interno da União.*

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 64.531-MT (2020/0235217-4)

Relator: Ministro Og Fernandes
Recorrente: Maria das Gracas Martins
Advogado: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso
Recorrido: Estado de Mato Grosso
Recorrido: Município de Pontes e Lacerda
Advogado: Sem Representação nos Autos - SE000000M

EMENTA

Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Incidente de Assunção de Competência (IAC). Competência. Juizado Especial da Fazenda Pública. Vara especializada da Justiça Comum. Comarcas diversas. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Estatuto do Idoso. Lei da Ação Civil Pública (LACP). Código de Defesa do Consumidor (CDC). Código de Processo Civil (CPC). Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Ato normativo local. Alteração de competência absoluta. Vedação de faculdade de ajuizamento da ação na comarca de domicílio do autor. Ilegalidade. Resolução n. 9/2019/TJMT. Alteração de competência normatizada em lei federal com a consequente redistribuição dos feitos. Inaplicabilidade. Fixação de teses vinculantes. Recurso ordinário em mandado de segurança provido.

1. Prevalecem as leis processuais federais e a Constituição da República sobre atos normativos legislativos ou secundários emanados dos Estados-Membros. Precedentes do STJ.

2. As normas processuais dão preferência à tutela dos interesses dos cidadãos hipossuficientes ante a conveniência da administração do Estado, inclusive na gestão judiciária.

3. Registre-se que a população Estado do Mato Grosso é estimada em 3.567.234 habitantes em 2021, distribuídos em uma área territorial de 903.207,050 km², conforme dados extraídos do site do IBGE. A Comarca de Vila Rica, por exemplo, dista 1.268 km de estrada até o Município de Várzea Grande. A imposição da tramitação das demandas em uma única comarca implica claro prejuízo aos cidadãos do estado, que serão forçados a longos deslocamentos para as audiências e para a produção da prova necessária ao bom andamento do feito.

4. Fixam-se as seguintes teses vinculantes no presente IAC:

Tese A) Prevalecem sobre quaisquer outras normas locais, primárias ou secundárias, legislativas ou administrativas, as seguintes competências de foro:

i) em regra, do local do dano, para ação civil pública (art. 2º da Lei n. 7.347/1985);

ii) ressalvada a competência da Justiça Federal, em ações coletivas, do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano de impacto restrito, ou da capital do estado, se os danos forem regionais ou nacionais, submetendo-se ainda os casos à regra geral do CPC, em havendo competência concorrente (art. 93, I e II, do CDC).

Tese B) São absolutas as competências:

i) da Vara da Infância e da Juventude do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou a omissão, para as causas individuais ou coletivas arroladas no ECA, inclusive sobre educação e saúde, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos tribunais superiores (arts. 148, IV, e 209 da Lei n. 8.069/1990; e Tese n. 1.058/STJ);

ii) do local de domicílio do idoso nas causas individuais ou coletivas versando sobre serviços de saúde, assistência social ou atendimento especializado ao idoso portador de deficiência, limitação incapacitante ou doença infectocontagiosa, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos tribunais superiores (arts. 79 e 80 da Lei n. 10.741/2003; e 53, III, e, do CPC/2015);

iii) do Juizado Especial da Fazenda Pública, nos foros em que tenha sido instalado, para as causas da sua alçada e matéria (art. 2º, § 4º, da Lei n. 12.153/2009);

iv) nas hipóteses do item (iii), faculta-se ao autor optar livremente pelo manejo de seu pleito contra o estado no foro de seu domicílio, no do fato ou ato ensejador da demanda, no de situação da coisa litigiosa ou, ainda, na capital do estado, observada a competência absoluta do juizado, se existente no local de opção (art. 52, parágrafo único, do CPC/2015, c/c o art. 2º, § 4º, da Lei n. 12.153/2009).

Tese C) A instalação de vara especializada não altera a competência prevista em lei ou na Constituição Federal, nos termos da Súmula n. 206/STJ ("A existência de vara privativa, instituída por lei estadual, não altera a competência territorial resultante das leis de processo."). A previsão se estende às competências definidas no presente IAC n. 10/STJ.

Tese D) A Resolução n. 9/2019/TJMT é ilegal e inaplicável quanto à criação de competência exclusiva em comarca eleita em

desconformidade com as regras processuais, especificamente quando determina a redistribuição desses feitos, se ajuizados em comarcas diversas da 1ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Várzea Grande/MT. Em consequência:

i) Fica vedada a redistribuição à 1ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Várzea Grande/MT dos feitos propostos ou em tramitação em comarcas diversas ou em juizados especiais da mesma ou de outra comarca, cujo fundamento, expresso ou implícito, seja a Resolução n. 9/2019/TJMT ou normativo similar;

ii) Os feitos já redistribuídos à 1ª Vara Especializada de Várzea Grande/MT com fundamento nessa norma deverão ser devolvidos aos juízos de origem, salvo se as partes, previamente intimadas, concordarem expressamente em manter o processamento do feito no referido foro;

iii) No que tange aos processos já ajuizados – ou que venham a ser ajuizados – pelas partes *originariamente* na 1ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Várzea Grande/MT, poderão prosseguir normalmente no referido juízo;

iv) Não se aplicam as previsões dos itens (ii) e (iii) aos feitos de competência absoluta, ou seja: de competência dos Juizados Especiais da Fazenda, das Varas da Infância e da Juventude ou do domicílio do idoso, nos termos da Tese B deste IAC n. 10/STJ.

5. Resolução do caso concreto:

i) confirmação da ordem liminar para torná-la definitiva, com o acréscimo dos fundamentos contidos na Questão de Ordem decidida no RMS n. 64.531/MT (e-STJ, fls. 237-239);

ii) declaração de inaplicabilidade da Resolução n. 9/2019/TJMT no que tange, unicamente, ao ponto em que determinava às outras unidades jurisdicionais que *redistribuíssem* os feitos para a 1ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Várzea Grande/MT, para causas que envolvam o estado, individualmente ou em litisconsórcio, sobre matérias de saúde ou não, devendo o processo, em consequência, retornar à Vara onde foi originalmente distribuído.

6. Recurso ordinário provido, com teses qualificadas fixadas em incidente de assunção de competência (art. 947 do CPC/2015).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário, com teses qualificadas fixadas em incidente de assunção de competência (art. 947 do CPC/2015), nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2021 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 9.12.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Maria das Graças Martins contra acórdão assim ementado:

> *Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança. Ação cominatória. Tratamento médico. Competência absoluta da Vara de Fazenda Pública de Várzea Grande. Prevalência sobre as normas gerais de competência das Varas de Fazenda e Juizados Especiais. Resolução n. 09/2019TJ-MT/OE. Direito líquido e certo não violado. Ordem denegada.*

Diante da relevância da matéria e da natureza processual da insurgência, propus – e este colegiado entendeu por acolher – a afetação da causa ao rito do incidente de assunção de competência (IAC), com a concessão de medida liminar, em julgado assim ementado:

> Processual Civil. Incidente de Assunção de Competência (IAC). Proposta de Afetação (PROAF). Competência de vara especializada em lides contra a Fazenda Pública. Conflito entre norma infralegal ou lei estadual com a previsão de lei federal. Direitos coletivos e individuais em geral, de crianças e adolescentes,

> idosos e em matéria de saúde. Liminar. Suspensão da redistribuição de feitos com base na Resolução n. 9/2019/OE/TJMT e retorno dos já redistribuídos. Suspensão da resolução, no ponto. Devolução ao TJMT dos recursos especiais e ordinários alusivos à matéria.
>
> 1. Tema afetado em IAC: "Fixação da competência prevalecente para julgamento de matérias de direitos coletivos e individuais quando haja conflito entre norma infralegal ou lei estadual e a previsão de leis federais, no que tange a foro especializado em lides contra a Fazenda Pública".
>
> 2. Ordem liminar: i) suspensão imediata da redistribuição à 1ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Várzea Grande/MT dos feitos propostos ou em tramitação em comarcas diversas ou juizados especiais, cujo fundamento, expresso ou implícito, seja a Resolução 9/2019/TJMT ou normativo similar, independentemente da matéria ou sujeitos envolvidos, até julgamento definitivo deste incidente; ii) retorno aos juízos de origem dos feitos redistribuídos com fundamento nessa norma; iii) fixação provisória da competência nos respectivos juízos de origem, inclusive no que diz respeito ao julgamento de mérito; iv) afastamento da incidência da resolução no ponto; v) fixação no caso concreto, desde logo, da competência do 2º Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Rondonópolis.
>
> 3. Por economia processual, devem ser devolvidos os recursos especiais e ordinários alusivos à matéria e em trâmite nesta Corte ao TJMT, para fins de incidência analógica dos arts. 1.040 e 1.041 do CPC/15 e cumprimento, no ínterim, da ordem liminar.
>
> 4. Afetam-se em conjunto os seguintes processos: RMS 64.531, RMS 65286, RMS 64.625, RMS 64.525, REsp 1.903.920 e REsp 1.896.379.
>
> 5. Proposta de afetação acolhida.

Em vista de questão de ordem suscitada pelo estado, proferi decisão meramente esclarecedora de não ter sido vedada a *distribuição* de feitos à Vara Especializada de Várzea Grande, senão apenas a *redistribuição* dos feitos a ela, quando a parte autora tenha manejado a pretensão em juízo diverso (e-STJ, fls. 237-239 do RMS n. 64.531).

As partes recorrentes, nesse e nos demais casos afetados ao presente IAC, aduzem, em suma, a ilegalidade dos atos normativos e jurisdicionais do Tribunal de Justiça de Mato Grosso que, em contrariedade à Constituição Federal (CF/1988) e a leis federais, violaram a competência das diversas varas afetadas pela ordem administrativa de redistribuição dos feitos à 1ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Várzea Grande, nos termos da Resolução n. 9/2019/OE/TJMT.

De forma detida, aponta-se violação: i) da Lei da Ação Civil Pública (art. 2º da Lei n. 7.347/1985); ii) da Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (art. 2º, § 1º, I, da Lei n. 12.153/2009); iii) da CF/1988 (art. 22, I); iv) do CPC/2015 (arts. 52, parágrafo único, e 516, II); v) do ECA (arts. 147, 148, IV, 208, VIII, e 209 da Lei n. 8.069/1990); vi) do CDC (art. 93 da Lei n. 8.078/1990); e vii) do Estatuto do Idoso (art. 80 da Lei n. 10.741/2003).

A única parte recorrida a aduzir contrarrazões foi a municipalidade de Primavera do Leste/MT (e-STJ, fls. 124-129 do REsp n. 1.896.379), em que defendeu: i) a competência dos tribunais para organizar seus órgãos judiciários (art. 93, I, a, da CF/1988); e ii) ser obrigatória a redistribuição dos feitos diante da competência absoluta superveniente da vara especializada (arts. 24, XI, e 125 da CF/1988).

O Estado de Mato Grosso quedou-se silente nos diversos feitos afetados (e-STJ, fl. 191 do RMS n. 65.286; fl. 142 do RMS n. 64.531; fl. 140 do REsp n. 1.896.379; fl. 142 do REsp n. 1.903.920; e fl. 183 do RMS n. 64.625).

O Ministério Público Federal (MPF) se manifestou de forma específica sobre o IAC nos RMSs n. 64.531 (e-STJ, fls. 245-252) e 64.525 (e-STJ, fls. 224- 233); e nos REsps 1.896.379 (e-STJ, fls. 197-207) e 1.903.920 (e-STJ, fl. 197), em todos pelo provimento dos recursos e fixação da tese de ilegalidade da definição de competência por atos normativos locais em desconformidade com as leis processuais e a CF/1988.

Especificamente nos autos do RMS n. 65.286/MT, anteriormente à afetação, o MPF defendera o descabimento da via mandamental, ante a ausência de teratologia (e-STJ, fls. 199-202). Nos demais casos afetados, no mérito, o órgão manifestou-se pelo provimento dos respectivos recursos, todos manejados pelos particulares.

No RMS n. 64.525/MT, o MPF não chegou a se pronunciar sobre o mérito, devido a um atraso na marcha processual, a fim de confirmar a intimação do Município de Sinop/MT, mas entendo despicienda nova vista ao Órgão Ministerial para parecer, tendo em vista já haver várias manifestações nos demais processos afetados, todas no mesmo sentido.

Processo com prioridade legal (arts. 12, § 2º, VII, e 1.048, I e II, do CPC/2015, c/c os arts. 71 da Lei n. 10.741/2003, 152, § 1º, do ECA e, por extensão, a Meta n. 6/CNJ/2021 - "Identificar e julgar até 31/12/2021: 99% dos recursos oriundos de ações coletivas distribuídos a partir de 1º/1/2015").

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): A jurisprudência desta Corte é extremamente sólida e unívoca quanto à matéria debatida nos autos, o que reforça a adequação da fixação da tese em precedente qualificado. Se o ideal seria o cumprimento espontâneo de tal orientação, faz-se ainda, nesta quadra histórica, o julgamento sob os ritos específicos do CPC/2015 para que a jurisprudência consolidada deste Tribunal Superior desempenhe seus efeitos processuais obrigatórios.

Apontei, no juízo de afetação, de forma direta ou indireta, os seguintes precedentes confirmadores da mesma orientação, todos contrários à compreensão da origem: RMS n. 64.534/MT, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 1º/12/2020; RMS n. 64.517/MT, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 18/12/2020; RMS n. 64.534/MT, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 1º/12/2020; AgInt no REsp n. 1.837.659/SP, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 20/2/2020; REsp n. 1.726.789/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 23/5/2018; AgRg no REsp n. 977.659/PR, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 25/3/2009; AgRg no REsp n. 1.318.065/PR, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 5/3/2013. Ainda, em juízo monocrático, colacionei como exemplos da compreensão jurisprudencial desta Corte: RMS n. 65.075, RMS n. 64.545 e REsp n. 1.880.055, relator Ministro Herman Benjamin; REsp n .1.874.615, RMS n. 64.526 e RMS n. 64.497, relator Ministro Sergio Kukina; RMS n. 64.524 e REsp n. 1.905.125, relator Ministro Benedito Gonçalves; RMS n. 64.540 e RMS n. 64.513, relator Ministro Gurgel de Faria; RMS n. 64.538 e RMS n. 64.529, relator Ministro Mauro Campbell Marques; RMS n. 64.530 e REsp n. 1.866.678, de minha relatoria; RMS n. 64.564 e RMS n. 64.518, relatora Ministra Assusete Magalhães; e RMS n. 64.516, relatora Ministra Regina Helena Costa.

É, portanto, bastante conhecida desta Corte, em especial deste colegiado, não só a matéria geral, como a questão da Resolução n. 9/2019/OE/TJMT. O ato impugnado atribui arbitrariamente competência exclusiva à Vara de Várzea Grande, eleita como foro único de tramitação de todas as causas versando sobre: i) saúde pública; ii) ações civis públicas; iii) ações individuais; iv) cartas precatórias; v) ações alusivas à Infância e Juventude; e vi) de competência dos Juizados Especializados da Fazenda Pública afetos à saúde. Basta, para atração

de tal competência exclusiva, que o estado esteja presente no polo passivo da causa, isoladamente ou em litisconsórcio com municípios.

Este Tribunal vem compreendendo de forma reiterada, porém, que: i) é absoluta a competência do Juizado Especial da Fazenda Pública no local onde houver sido instalado, nas causas de sua alçada (arts. 2º, § 4º, da Lei n. 12.153/2009); ii) é do local do dano a competência para ações civis públicas (art. 2º da Lei n. 7.347/1985); iii) é absoluta da Vara da Infância e Juventude do local onde ocorreu a ação ou a omissão a competência para feitos vinculados ao ECA, inclusive saúde e ensino, entre outros (art. 209 da Lei n. 8.069/1990); iv) é absoluta a competência do foro de domicílio do idoso nas causas individuais ou coletivas versando sobre serviços de saúde, assistência social ou atendimento especializado (arts. 79 e 80 da Lei n. 10.741/2003); v) ser do foro onde ocorreu ou espera-se ocorrer o dano as ações coletivas de impacto local, ou da capital do estado os danos regionais, submetendo-se ainda os casos à regra geral do CPC, em havendo competência concorrente (art. 93, I e II, do CDC); vi) ser facultado ao autor manejar seu pleito contra o estado no foro de seu domicílio, no do fato ou ato ensejador da demanda, no de situação da coisa litigiosa ou, ainda, na capital do estado; vii) a instituição de vara privativa por lei local não altera as normas processuais federais, podendo o estado ser demandado em qualquer de suas comarcas (Súmula n. 206/STJ); e viii) ser também faculdade do autor optar pelo foro onde demandar a administração pública, nos termos do art. 52, parágrafo único, do CPC/2015.

Isso tudo porque, a despeito das eventuais vantagens da concentração e especialização das varas, nessas matérias, o legislador foi expresso em optar por uma política pública processual de facilitação do acesso à Justiça, visando a promover a mais ampla tutela aos interesses de pessoas hipossuficientes ou vulneráveis. Essa proteção decorre de uma premissa bastante simples: o estado está, obrigatoriamente e por lógica inafastável, presente em todo seu território, mas o cidadão, tanto mais o cidadão hipossuficiente, não pode ser onerado pela imposição de foro único escolhido arbitrariamente pela administração judicial para ser o competente para tais feitos, muitas vezes significativamente distante do seu domicílio, como ocorre em um estado do tamanho de Mato Grosso.

No âmbito da legística, os representantes eleitos em âmbito federal poderão ser sensibilizados para que, em sua competência exclusiva, tratem da matéria de forma mais contida, inclusive para delegar aos Estados-membros maior parcela de poderes de organização da Justiça local, limitando expressamente as opções preestabelecidas nas normas gerais de processo, ações coletivas e tutelas

de segmentos populacionais específicos (como idosos e infância), de modo a permitir maior amplitude de gestão pelas legislações estaduais ou mesmo pelos tribunais. É preciso ressaltar, porém, que esse processo político não se confunde com o jurídico, e é deste que estamos a tratar. Se aquele resultar em alterações no panorama do direito, caberá às Cortes, subsequentemente, ajustar seus provimentos. Porém, creio, não podemos, o Judiciário, mesmo avançar sobre tais opções, a ponto de ignorar não só as leis postas, como a compreensão institucional desenvolvida com base nelas por este Tribunal ao longo de décadas. Hoje, não parece haver dúvida, a opção legislativa é pela amplitude do acesso aos tribunais pela dispersão da competência em favor dos autores.

Extraio tais razões, primordialmente, do, como habitual, bem lançado voto do Ministro Herman Benjamin, em precedente específico sobre a resolução em debate (grifos acrescidos):

> [...] *Benefícios da especialização judicial: além da eficiência econômica*
>
> 2. A especialização de Varas e órgãos fracionários dos tribunais representa tendência mundial na organização do Poder Judiciário, instigada pela crescente complexidade jurídica - enredamento legal (do arcabouço normativo) e fático (da vida na sociedade tecnológica) -, um dos subprodutos do enveredar do Direito por espaços policêntricos e multidisciplinares. Ao contrário do que se observou nos primórdios do fenômeno em outros setores, hoje se especializa não só por convocação de pura eficiência econômica, mas sobretudo em decorrência de legítimas inquietações éticas e políticas com a dignidade da pessoa humana, os fins sociais do Direito, as exigências do bem comum, a qualidade da prestação jurisdicional e a segurança jurídica. Significação duplamente dilatada se empresta ao núcleo eficiência referido no art. 8º, *in fine*, do CPC/2015, em primeiro lugar como peça integrante de uma constelação de valores e objetivos proeminentes e vinculantes que, em segundo, balizam não só a "aplicação do ordenamento jurídico pelo juiz", mas também a própria "organização judiciária em que se insere o juiz".
>
> 3. Apontam-se inconvenientes plausíveis na centralização, técnica de monopólio ou oligopólio judicial associada à especialização. Tais malefícios são contrastados com inúmeros benefícios que, claro, subordinam-se a certas condições prévias, entre elas deliberação com base em critérios objetivos e cautelas procedimentais de praxe, fugindo-se seja de modismo supérfluo, seja de transplante inconsequente, duas das notórias influências e pressões impertinentes que turvam a lucidez de medidas legislativas, administrativas e judiciais.
>
> *Especialização de vara e órgãos fracionários dos Tribunais: limites constitucionais e legais na organização judiciária dos Estados*

4. Se é verdade que os arts. 8º e 44 do CPC/2015 autorizam, de maneira implícita, os tribunais a, por ato administrativo, designarem Varas e Câmaras/Turmas especializadas - alternativa inteiramente compatível com o princípio do juiz natural por não importar designação casuística ou manipulação *post factum* da competência -, *tal poder vem condicionado por limites fixados em normas constitucionais federais e estaduais, legislação processual comum e especial, e leis de organização judiciária, tanto mais se envolvidos sujeitos vulneráveis ou valores e bens aos quais a legislação confere especial salvaguarda. Em outras palavras, interditado atribuir, administrativamente, a órgão jurisdicional competência que legalmente não lhe pertence, ou ampliar a existente fora das hipóteses cabíveis, mesmo que com o nobre fundamento da necessidade de especialização de varas*.

5. *Não se veja no art. 44 do CPC/2015 empecilho à melhor gestão processual de demandas guarnecidas de consistência ético-jurídica diferenciada, com destaque para as ações coletivas. É exatamente o contrário*, haja vista, nessas latitudes de metaindividualidade, se requerer mais engenhosidade na organização judiciária. Tabus centenários e arranjos institucionais arcaicos convidam a incansável e enérgico questionamento e, se imperativo, modificação ou mesmo completa substituição. Situações haverá, inclusive em Estados com grande território, em que a especialização - e correlata concentração - se explicará pelo desiderato, iluminado pelo ânimo da eficiência e eficácia, de assegurar autêntica justiça a pessoas e bens jurídicos especialmente tutelados, como ocorre com Varas Ambientais desenhadas a partir, p. ex., da conformação de ecossistemas, ecorregiões, bacias ou sub-bacias hidrográficas, tendo em mente a concorrência ecológica instaurada nesse cenário, em que o dano potencial ou real, direto ou indireto, pode afetar, juntamente, múltiplas comarcas ou subseções judiciárias. Não há alternativa possível, dado que tribunais e juízes fracassarão se pretenderem aplicar ao processo civil coletivo a lupa, o modo de pensar, os institutos e os procedimentos típicos do processo civil individual.

Nesse panorama, lembra-se que, por vezes, a especialização vem apresentada pelo legislador. É assim no art. 70 do Estatuto do Idoso ("O Poder Público poderá criar varas especializadas e exclusivas do idoso") e no art. 5º, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Competência na Lei da Ação Civil Pública, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Estatuto do Idoso e no Código de Defesa do Consumidor

6. A Resolução 9/2019 do TJ/MT atribuiu à 1ª Vara Especializada de Fazenda Pública de Várzea Grande "Processar e julgar, exclusivamente, os feitos relativos à saúde pública, ações civis públicas, ações individuais ..., incluindo as ações de competência da Vara da Infância e Juventude e os feitos ... relativos à saúde pública, em que figure como parte o Estado de Mato Grosso" (destaque acrescentado). *Não obstante a evidente intenção elevada do Órgão Especial, a concentração adotada pelo ato impugnado choca-se frontalmente com o art. 2º, parágrafo único, da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), com o art. 209 da Lei 8.069/1990 (Estatuto da*

Criança e do Adolescente), com o art. 80 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e com o art. 93 da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

7. *Nesses quatro dispositivos, fica patente a ratio legislativa de antepor, à frente de qualquer outra consideração, a facilitação, na perspectiva da vítima, da tutela dos interesses individuais e metaindividuais de sujeitos vulneráveis ou hipossuficientes*.

Destarte, vedado, aqui, rompante de flexibilização administrativa judiciária, pois se está diante ora de competência absoluta, ora de competência concorrente à conveniência do autor.

Competência em demandas com Estados Federados

8. Com espírito semelhante ao decretado na Lei da Ação Civil Pública, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Estatuto do Idoso e no Código de Defesa do Consumidor - vale dizer, facilitação do acesso à justiça ao vulnerável ou hipossuficiente -, prescreve o CPC/2015 que, "Se Estado ou o Distrito Federal for o demandado, a ação poderá ser proposta no foro de domicílio do autor, no de ocorrência do ato ou fato que originou a demanda, no de situação da coisa ou na capital do respectivo ente federado" (art. 52, parágrafo único, grifo acrescentado). *Prioriza-se, sem dúvida, a comodidade dos cidadãos, conferindo-lhes privilégio de opção ("poderá"), na forma de competência concorrente*.

9. A Súmula 206/STJ preceitua: "A existência de vara privativa, instituída por lei estadual, não altera a competência territorial resultante das leis de processo." A jurisprudência do STJ reconhece que os Estados-Membros e suas entidades autárquicas e empresas públicas podem ser demandados em qualquer comarca do seu território, não gozando de foro privilegiado. Precedentes do STJ.

10. O art. 52, parágrafo único, do CPC/2015 estabelece foro concorrente para as causas em que seja réu o Estado ou o Distrito Federal, estipulando prerrogativa processual em favor do cidadão, a quem é facultado escolher onde demandar a Administração. Tal dispositivo concretiza garantia real, e não meramente fictícia, de inafastabilidade da jurisdição e de acesso democrático à justiça.

Como instituição, o Estado está presente e atua em todo o seu território - ubiquidade territorial; o cidadão, ao contrário, propende a se vincular a espaço confinado, ordinariamente o local onde reside e trabalha - constrição territorial. *Logo, se ato normativo secundário do Tribunal cria prerrogativa de foro ao ente público e altera padrões de competência prescritos por lei federal, ofendido se queda o esquema normativo imperturbável de organização do aparelho judiciário, gravidade acentuada se o rearranjo acarretar grave e desarrazoado desmantelamento de deferência que o próprio legislador se encarregou de conferir, como mandamento de ordem pública, aos sujeitos vulneráveis ou hipossuficientes e aos titulares ou representantes de certos bens e valores considerados de altíssima distinção na arquitetura do Estado Social de Direito*.

11. *A alteração da competência para comarca distante do domicílio do autor-vítima vulnerável ou hipossuficiente traz, sim, indisputável prejuízo, ainda que o*

processo judicial seja eletrônico, haja vista os demandantes nem sempre disporem de computador e internet. Além disso, a distância geográfica pode comprometer a produção de provas pelo jurisdicionado, o contato com seu advogado etc. Aqui, então, assoma um dos cânones de ouro no Estado Social de Direito: o acesso à justiça para hipossuficiente ou vulnerável - portador de debilidade jurídica, econômica, técnica ou informativa, perdurável ou contingencial - deve, no verbo e na prática, ser facilitado, e não embaraçado. A prerrogativa de escolha de foro processual visa garantir a superação, ou pelo menos a mitigação, de variados obstáculos naturais, formais, financeiros e psicológicos que impedem ou dificultam o acesso à justiça a todos em condições de igualdade real, postura de repúdio republicano absoluto a um Poder Judiciário de elite e a serviço da elite.

Conclusão

12. Recurso Ordinário provido.

(RMS n. 64.534/MT, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 1º/12/2020).

Registre-se que a população do Estado de Mato Grosso é estimada em 3.567.234 habitantes em 2021, distribuídos em uma área territorial de 903.207,050 km², conforme dados extraídos do site do IBGE. A Comarca de Vila Rica, por exemplo, dista 1.268 km de estrada até o Município de Várzea Grande. A imposição da tramitação das demandas em uma única comarca implica claro prejuízo aos cidadãos do estado, que serão forçados a longos deslocamentos para as audiências e para a produção da prova necessária ao bom andamento do feito.

Destaco que o presente incidente inclui majoritariamente feitos paradigmáticos em recurso ordinário em mandado de segurança. Desse modo, para fixação da tese, não entendo como limitante a matéria restrita exigida para a análise dos recursos especiais. Ainda que a matéria tivesse natureza constitucional, não se estaria a avançar sobre competência única do Supremo Tribunal Federal, nesse passo. Ademais, toda a compreensão desta Corte foi submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal em reclamação, tendo suscitado o estado federado violação da reserva de plenário pelo afastamento de incidência do ato administrativo sem declaração de sua inconstitucionalidade. *A Corte Suprema afirmou que o exame de legalidade não se confunde com o constitucionalidade, tendo sido aquele o fundamento das diversas decisões reclamadas (STF. Rcl n. 45.602/MT, relator Ministro Alexandre de Moraes, DJe de 28/1/2021)*. Mais recentemente, no RE n. 1.335.253, o STF verificou a ausência da preliminar de repercussão geral (relator Ministro Alexandre de Moraes, DJe de 22/7/2021). *A Corte também já afirmou que a questão envolve apenas reflexamente*

a jurisdição constitucional (RE n. 1.334.255, relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 20/7/2021). Tais posicionamentos da Corte Suprema indicam ser infundados os argumentos da recorrida acerca da constitucionalidade da norma secundária local, bem como da análise ora desenvolvida envolver competência reservada ao STF.

Relembre-se: a matéria encontra-se sumulada pela Corte Especial deste Tribunal desde 1998, nos termos do Enunciado n. 206: "A existência de vara privativa, instituída por lei estadual, não altera a competência territorial resultante das leis de processo.". Todos os precedentes da súmula foram firmados em recurso especial, à luz do CPC/1973 (arts. 99 e 100). Compulsando-se essa corrente jurisprudencial, identifica-se, entre seus casos inaugurais, o seguinte excerto (conforme citado no AgRg no Ag n. 42.513/RS, relator Ministro Jesus Costa Lima, Quinta Turma, DJ de 6/6/1994, p. 14.285, com parecer da então Subprocuradora-Geral da República, hoje ministra desta Corte, Laurita Vaz):

> Competência. Autarquia estadual.
>
> A competência em razão do território é fixada na lei federal. Cabe ao legislador estadual distribuí-la entre os diversos juízos da mesma circunscrição. Assim, poderá determinar que, na comarca da capital, as autarquias estaduais respondam perante vara da fazenda. Não, entretanto, que naquela hajam de ser propostas todas as ações em que figurem como parte, se, de acordo com as leis de processo, a competência deva atribuir-se a juízos sediados em outras circunscrições.
>
> (REsp n. 13.649/SP, relator Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, DJ de 25/11/1991, p. 17.074).

Ainda, também no REsp n. 1.846.781, que fixou a Tese n. 1.058/STJ, a Ministra Assusete Magalhães, com o igualmente habitual acerto, relatou a compreensão deste colegiado de dar efetividade ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente, invocando, a seu turno, outra corrente jurisprudencial absolutamente consolidada e unívoca desta Corte. Furto-me de repeti-la, limitando-me a transcrever a tese vinculante ali firmada: "*A Justiça da Infância e da Juventude tem competência absoluta para processar e julgar causas envolvendo matrícula de menores em creches ou escolas, nos termos dos arts. 148, IV, e 209 da Lei 8.069/90*." Cito os precedentes ali expressamente invocados: REsp n. 1.199.587/SE, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe de 12/11/2010; AgRg no REsp n. 1.464.637/ES, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 28/3/2016; REsp n. 1.486.219/MG, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 4/12/2014; REsp n. 1.217.380/SE, relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 25/5/2011; REsp n. 1.201.623/SE, relator Ministro Mauro Campbell Marques,

Segunda Turma, DJe de 13/4/2011; REsp n. 1.231.489/SE, relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 19/6/2013; EDcl no AREsp n. 24.798/SP, relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 16/2/2012; AgRg no REsp n. 1.464.637/ES, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 28/3/2016; REsp n. 1.833.909/MS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/12/2019; REsp n. 1.760.648/MS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 8/2/2019; REsp n. 1.762.782/MS, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 11/12/2018.

Nesse passo, compreendo que eventual inadequação da via especial para discussão da matéria deverá ser tratada de forma casuística, no futuro. Chegando a esta Corte, em recurso especial, a discussão com fundamento no conflito entre a lei federal e alguma norma estadual, ao Relator caberá, inevitavelmente, aferir a competência deste Tribunal para apreciar as razões da parte, antes mesmo de apreciar a alegação em seu mérito. Convém lembrar, porém, que diversas disposições do Código de Processo visam a evitar tal acesso (arts. 332, III, 496, § 4º, II, 927, III, 932, IV, "c", e V, "c", 942, § 4º, I, 947, § 3º, 955, parágrafo único, II, e 1.022, parágrafo único, I, do CPC/2015). Além disso, a inobservância da tese vinculante firmada em incidente de assunção de competência ensejará reclamação a esta Corte (art. 988, IV, do CPC/2015), potencialmente esvaziando a via especial. Destaque-se, por fim, que o provimento da reclamação pode, em regra, apenas cassar a decisão reclamada, de modo a determinar a aplicação do precedente (art. 992 do CPC/2015), não havendo razões para se temer a multiplicação de feitos nessa via, ante seu caráter tendente ao juízo sumaríssimo de comparação entre o ato impugnado objeto da reclamação e o parâmetro jurisdicional de controle (MENDES, Gilmar. O uso da reclamação para atualizar jurisprudência firmada em controle abstrato. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, ano 6, v. 1, maio/2013, p. 113-114).

É de se ver, portanto, que a compreensão deste Tribunal Superior encontra-se solidificada na jurisprudência, sumulada e reiterada em recente precedente qualificado. Nos termos prescritos no CPC, não se pode admitir a inobservância da interpretação firmada em precedente vinculante, sob pena de violação da norma jurídica, consistente no entendimento hermenêutico desta Corte sobre os textos legais já elencados.

Acrescento não vislumbrar razões de ordem jurídica, social ou econômica aptas a justificar a superação ou revisão desses entendimentos, sendo de rigor a imposição de cumprimento do ordenamento jurídico às instâncias subordinadas, nos termos do arts. 926 e 927 do CPC.

Nesse passo, *mais que fixar uma orientação, o presente julgado vem apenas confirmá-la, em seara qualificada, de modo simultaneamente tanto mais abrangente quanto mais específico*. Mais abrangente, por dispor sobre as diversas normas de tutela processual das pessoas hipossuficientes afetadas por tentativas de suposta otimização da prestação jurisdicional, bem como para confirmar as opções legislativas quando facultam ao cidadão a eleição de foro. Mais específica, por tratar justamente, e de forma definitiva, da Resolução n. 9/2019/TJMT.

Enfatize-se que o ato normativo secundário não pode contrariar lei ou a Constituição. No caso específico, a resolução administrativa do Tribunal mato-grossense, concreta e efetivamente, viola as garantias processuais dessas classes de pessoas.

Há apenas um ponto que parece merecer atenção mais detida deste colegiado, por haver alguma dispersão jurisprudencial sobre ele. Há que se distinguir entre a competência dos Juizados Especiais Cíveis (Lei n. 9.099/1995) daquela dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei n. 12.153/2009), no que tange à faculdade do autor em manejar a ação neles ou na jurisdição comum. Naqueles, entende esta Corte ser facultado ao autor optar pela Justiça comum ou especial; nestes, não há tal opção. A compreensão deste Tribunal Superior parece fundar-se na competência textualmente absoluta dos Juizados da Fazenda, que não repetiu a flexibilidade da Lei n. 9.099/1995, mas, sim, a rigidez da regra dos Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259/2001).

Tal divergência surgiu mesmo da Segunda Turma (RMS n. 65.165), em votação unânime, mas não deve permanecer. É que os precedentes de dito julgado invocados, no ponto, para apoiar a conclusão (REsp n. 1.726.789 e AgInt no REsp n. 1.837.659), tratavam de Juizados Especiais Cíveis, não da Fazenda. Ocorre que, naquele caso, abordando a mesma resolução do TJMT, o equívoco acerca do fundamento não implicaria alteração do resultado, ao contrário, este seria reforçado, na medida em que os Juizados Especiais da Fazenda é que têm sido constrangidos a remeter os feitos à Vara Comum Especializada (e não de Juizado Especial) de comarca diversa. Apenas destaco a questão por se tratar, aqui, de precedente qualificado, em que os fundamentos importam tanto ou mais que o próprio resultado. A seguir, indico os três posicionamentos.

Quanto aos Juizados Especiais Federais:

> Processo Civil. Juizados Especiais Federais Cíveis e Juízo Federal Cível. Valor da causa. Competência absoluta do Juizado Especial Federal. Lei n. 10.259/01, art. 3º, *caput* e § 3º.

1. O valor dado à causa pelo autor fixa a competência *absoluta* dos Juizados Especiais.

2. O Juizado *Especial* Federal Cível é *absolutamente competente* para processar e julgar causas afetas à Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos (art. 3º, *caput* e § 3º, da Lei 10.259/2001).

[...]

(REsp n. 1.257.935/PB, relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 29/10/2012).

Processual Civil e Previdenciário. Agravo regimental no recurso especial. Revisão de pensão por morte. Análise de violação de dispositivos constitucionais em recurso especial. Impossibilidade. Valor da causa inferior a sessenta salários mínimos. Juizado Especial Federal. Competência absoluta. Precedentes do STJ. Agravo regimental não provido.

[...]

3. O Superior Tribunal de Justiça pacificou a orientação de que a *competência dos Juizados Especiais Federais é absoluta* e deve ser fixada segundo o valor da causa.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.480.955/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 28/10/2014).

Tributário e Processual Civil. Juizados Especiais Federais. Valor da causa. Competência absoluta. Decisão agravada em harmonia com a jurisprudência do STJ. Súmula 83/STJ.

[...]

2. As causas de competência da Justiça Federal cujo valor seja inferior a 60 (sessenta) salários mínimos serão processadas, conciliadas e julgadas no *Juizado Especial Federal*. Precedentes do STJ.

3. *Tal competência é absoluta*, como se extrai do § 3º do art. 3º da Lei 10.259/2001, ou seja, sua violação acarreta a nulidade de todos os atos decisórios e a redistribuição do processo para a Vara do Juizado Especial Federal competente.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.427.074/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 22/4/2014, grifos acrescidos).

Quanto aos Juizados Especiais da Fazenda Pública:

Processual Civil. Administrativo. Adicional por tempo de serviço. Alegação de ofensa ao art. 1.022 do CPC. Inexistência. Valor individual da causa inferior a 60

salários mínimos. *Competência absoluta do Juizado Especial*. Acórdão alinhado com a jurisprudência do STJ. Aplicação da Súmula n. 83/ STJ.

I - Na origem, trata-se de agravo de instrumento contra a decisão que, nos autos da ação ajuizada por Edileuza Rodrigues Barreto e outros contra a Fazenda do Estado de São Paulo, objetivando o recálculo do adicional por tempo de serviço, nos termos do art. 129 da Constituição Estadual, *determinou a redistribuição da ação a uma das Varas do Juizado Especial da Fazenda Pública do Estado*. No Tribunal *a quo*, a decisão foi mantida. Nesta Corte, conheceu-se do agravo para negar provimento ao recurso especial.

[...]

V - A conclusão adotada pela Corte Estadual quanto à fixação da competência dos Juizados Especiais, no caso de litisconsórcio ativo facultativo, levando em consideração o valor da causa de cada autor, de forma individual, não importando se a soma ultrapassa o limite dos 60 salários mínimos, *encontra-se em harmonia com a jurisprudência do STJ*. Incidência da Súmula n. 83 STJ aplicável aos recursos por ambas as alíneas do permissivo constitucional. Nesse sentido: (REsp n. 1.658.347/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/5/2017, DJe 16/6/2017 e AgRg no REsp n. 1.503.716/PR, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 5/3/2015, DJe 11/3/2015).

VI - Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp n. 1.729.191/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 22/3/2021).

Processual Civil. Recursos especiais representativos da controvérsia. Tema 1.029/STJ. REsp 1.804.186/SC e REsp 1.804.188/SC. Ação coletiva. Execução. Competência e rito. Juizados Especiais da Fazenda Pública. Lei 12.153/2009. Impossibilidade. Identificação da controvérsia

[...]

4. Também está sedimentado na jurisprudência do STJ o entendimento de que, uma vez instalado *Juizado Especial Federal ou da Fazenda Pública*, conforme o caso, e se o valor da causa for inferior ao da alçada, *a competência é absoluta*. Apenas como exemplo: REsp 1.537.768/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 20.8.2019, DJe de 5.9.2019.

[...]

7. Na mesma lei não há disposição expressa acerca da competência executória dos Juizados da Fazenda Pública, havendo apenas regramento (arts. 12 e 13) do rito da execução de seus próprios julgados.

[...]

15. Na mesma linha de compreensão aqui traçada, cita-se precedente da Primeira Turma que examina a Lei 10.259/2001 (Juizado Especial Federal), aplicada

subsidiariamente à Lei 12.153, ora em exame: "Nos termos do art. 3º, *caput*, da Lei 10.259/2001, 'Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.' Extrai-se do referido dispositivo legal que a fixação da competência do JEF, no que se refere às execuções, impõe a conjugação de duas condicionantes: (a) o valor da causa deve ser inferior a 60 (sessenta) salários mínimos; (b) o titulo executivo judicial deve ser oriundo do próprio JEF.

[...] (REsp n. 1.804.186/SC, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 11/9/2020).

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Juizados Especiais da Fazenda Pública. Valor da causa inferior a 60 salários mínimos. Competência absoluta, nos termos do art. 2º, § 4º, da Lei 12.153/2009. Incompetência reconhecida. Remessa dos autos ao Juizado para processamento da demanda. Recurso especial da autarquia distrital a que se dá provimento.

[...]

2. Consoante o art. 2º, § 4º, da Lei 12.153/2009, *no foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta*. No presente caso, atribuiu-se à causa o valor de R$ 100,00 (fl. 11); entretanto, a ação foi movida perante a 2ª. Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, *em foro no qual existe Juizado Especial da Fazenda Pública. Destarte, não poderiam as instâncias ordinárias ter prosseguido no julgamento do feito, em razão de sua incompetência absoluta*, posto que é improrrogável tal competência.

[...]

(REsp n. 1.537.768/DF, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 5/9/2019).

Processual Civil. Ação com valor a causa menor que 60 (sessenta) salários mínimos. Juizado Especial da Fazenda Pública. Artigo 2º da Lei 12.153/2009. Competência absoluta.

1. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que *a competência atribuída ao Juizado Especial da Fazenda Pública é absoluta*, consoante o art. 2º, § 4º, da Lei 12.153/2009, a ser determinada em conformidade com o valor da causa.

[...]

3. A ação foi ajuizada perante o Juízo da Vara Única da Comarca de Raul Soares/MG, o qual exerce competência simultânea para o processamento e julgamento das causas afetas tanto à Justiça Comum quanto ao Sistema dos Juizados Especiais. Assim, nos casos em que o Juízo exerça competência simultânea para o processamento e o julgamento das causas afetas à Justiça Comum, e também

ao Sistema dos Juizados Especiais, os recursos interpostos na sistemática desse microssistema devem ser endereçados à respectiva Turma Recursal.

4. Recurso Especial provido.

(REsp n. 1.844.494/MG, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 12/5/2020, grifos acrescidos).

Quanto aos Juizados Especiais Cíveis estaduais:

Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Violação ao art. 1.022 do CPC. Inocorrência. Competência pelo Tribunal de Justiça. *Juizados Especiais Cíveis* e Justiça Comum. Opção do autor. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada. Aplicação de multa. Art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015. Descabimento.

[...]

III - No caso, não é possível o deslocamento da competência em virtude de julgamento desfavorável à parte, pois o processamento da ação perante o Juizado Especial é *opção do autor*, que pode, se preferir, ajuizar sua demanda perante a Justiça Comum.

[...]

(AgInt no REsp n. 1.837.659/SP, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 20/2/2020).

Processual Civil. Controle de competência pelo Tribunal de Justiça. *Juizados Especiais Cíveis*. Mandado de segurança. Cabimento. *Art. 3º, § 3º, da Lei 9.099/1995* e art. 1º da Lei Estadual 10.675/1996. Opção do autor.

[...]

3. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que "o processamento da ação perante o Juizado Especial é *opção do autor*, que pode, se preferir, ajuizar sua demanda perante a Justiça Comum" (REsp 173.205/SP, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, DJ 14.6.1999). A propósito: REsp 331.891/DF, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, 21.3.2002; REsp 146.189/RJ, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, DJ 29.6.1998.

4. O art. 3º, § 3º, da *Lei 9.099/1995* e o art. 1º da Lei Estadual 10.675/1996 permitem que a demanda seja ajuizada no Juizado Especial ou na Justiça Comum, sendo essa uma decisão da parte.

5. Recurso Ordinário provido.

(RMS n. 53.227/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 30/6/2017).

> Processual Civil e Consumidor. Telefonia. Possibilidade de a parte escolher entre o Juizado Especial Civil e a Justiça Comum. Causa de pequeno valor e complexidade.
>
> [...]
>
> 3. Há muito tempo se consolidou no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a propositura de demanda perante os *Juizados Especiais Cíveis*, quando atendidas todas as circunstâncias ensejadoras da sua *competência, é opcional, dependendo da escolha da parte autora*.
>
> [...]
>
> (REsp n. 1.725.663/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 23/5/2018).

> Competencia. Ação reparatoria de dano causado em acidente de veiculos. Vara Cível e *Juizado Especial Cível*. Art. 3º, inc. II, da *Lei 9.099*, de 26/09/95.
>
> *Ao autor é facultada a opção* entre, de um lado, ajuizar a sua demanda no juizado especial, desfrutando de uma via rápida, econômica e desburocratizada, ou, de outro, no juízo comum, utilizando então o procedimento sumário.
>
> Recurso especial conhecido, mas improvido.
>
> (REsp n. 146.189/RJ, relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, DJ de 29/6/1998, p. 196, grifos acrescidos).

Assim, importa afirmar que não há faculdade do autor em optar pelo Juízo comum se, no local em que propõe a ação, existe Juizado Especial da Fazenda Pública, tratando-se de matéria de sua competência e alçada. O que é faculdade do autor é ajuizar tal ação no foro de sua residência ou, em se tratando do estado no polo passivo, em qualquer de suas comarcas; mas, se escolher movê-la em comarca onde há Juizado Especial da Fazenda Pública, a competência deste não poderá ser afastada. Muito menos, como dito, em decorrência de norma secundária ou primária local, que imponha ao autor o trâmite de seu caso em vara comum, ainda que especializada, quando houver Juizado Especial da Fazenda no local de eleição.

Portanto, nos termos do art. 104-A do RISTJ, tenho como fundamentos da posição jurisprudencial desta Corte:

> i) a prevalência das leis processuais federais e da Constituição sobre atos normativos legislativos ou secundários emanados dos Estados-Membros; e
>
> ii) a tutela preferencial dos interesses dos cidadãos hipossuficientes ante a conveniência da Administração do Estado, inclusive da gestão judiciária.

Assim, proponho a seguinte redação para as teses jurídicas oriundas das razões de decidir indicadas:

Tese A) Prevalecem sobre quaisquer outras normas locais, primárias ou secundárias, legislativas ou administrativas, as seguintes competências de foro:

i) em regra, do local do dano, para ação civil pública (art. 2º da Lei n. 7.347/1985);

ii) ressalvada a competência da Justiça Federal, em ações coletivas, do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano de impacto restrito, ou da capital do estado, se os danos forem regionais ou nacionais, submetendo-se ainda os casos à regra geral do CPC, em havendo competência concorrente (art. 93, I e II, do CDC).

Tese B) São absolutas as competências:

i) da Vara da Infância e da Juventude do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou a omissão, para as causas individuais ou coletivas arroladas no ECA, inclusive sobre educação e saúde, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos tribunais superiores (arts. 148, IV, e 209 da Lei n. 8.069/1990; e Tese n. 1.058/STJ);

ii) do local de domicílio do idoso nas causas individuais ou coletivas versando sobre serviços de saúde, assistência social ou atendimento especializado ao idoso portador de deficiência, limitação incapacitante ou doença infectocontagiosa, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos tribunais superiores (arts. 79 e 80 da Lei n. 10.741/2003 e 53, III, e, do CPC/2015);

iii) do Juizado Especial da Fazenda Pública, nos foros em que tenha sido instalado, para as causas da sua alçada e matéria (art. 2º, § 4º, da Lei n. 12.153/2009);

iv) nas hipóteses do item (iii), faculta-se ao autor optar livremente pelo manejo de seu pleito contra o estado no foro de seu domicílio, no do fato ou ato ensejador da demanda, no de situação da coisa litigiosa ou, ainda, na capital do estado, observada a competência absoluta do Juizado, se existente no local de opção (art. 52, parágrafo único, do CPC/2015, c/c o art. 2º, § 4º, da Lei n. 12.153/2009).

*Tese C) A instalação de vara especializada não altera a competência prevista em lei ou na Constituição Federal, nos termos da Súmula n. 206/STJ ("**A existência de vara privativa, instituída por lei estadual, não altera a competência territorial resultante das leis de processo**."). A previsão se estende às competências definidas no presente IAC n. 10/STJ.*

Tese D) A Resolução n. 9/2019/TJMT é ilegal e inaplicável quanto à criação de competência exclusiva em comarca arbitrariamente eleita em desconformidade com as regras processuais, especificamente quando determina a redistribuição desses feitos, se ajuizados em comarcas diversas da 1ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Várzea Grande/MT. Em consequência:

i) fica vedada a redistribuição à 1ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Várzea Grande/MT dos feitos propostos ou em tramitação em comarcas diversas ou em juizados especiais da referida comarca ou de outra comarca, cujo fundamento, expresso ou implícito, seja a Resolução n. 9/2019/TJMT ou normativo similar;

ii) os feitos já redistribuídos à 1ª Vara Especializada de Várzea Grande/MT com fundamento nessa norma deverão ser devolvidos aos juízos de origem, salvo se as partes, previamente intimadas, concordarem expressamente em manter o processamento do feito no referido foro;

iii) no que tange aos processos já ajuizados – ou que venham a ser ajuizados – pelas partes ***originalmente*** *na 1ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Várzea Grande/MT, poderão prosseguir normalmente no referido juízo;*

iv) não se aplicam as previsões dos itens (ii) e (iii) aos feitos de competência absoluta, ou seja: de competência dos Juizados Especiais da Fazenda, das Varas da Infância e da Juventude ou do domicílio do idoso, nos termos da Tese B deste IAC n. 10/STJ.

Quanto ao *caso concreto*, decide-se: i) confirmar a ordem liminar para torná-la definitiva, com o acréscimo dos fundamentos contidos na Questão de Ordem decidida no RMS n. 64.531/MT (e-STJ, fls. 237-239); e ii) declarar a inaplicabilidade da Resolução n. 9/2019/TJMT no que tange, unicamente, ao ponto em que determinava às outras unidades jurisdicionais que *redistribuíssem* os feitos para a 1ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Várzea Grande/MT, para causas que envolvam o estado, individualmente ou em litisconsórcio, sobre matérias de saúde, devendo o processo, em consequência, retornar à Vara onde foi originalmente distribuído.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário para conceder a segurança e tornar definitiva a medida liminar deferida. Julgo o incidente de assunção de competência para fixar as teses jurídicas supradestacadas, nos termos da fundamentação.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.878.849-TO (2020/0140710-7)

Relator: Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5)
Recorrente: Estado do Tocantins
Procurador: Mauricio Fernando Domingues Morgueta - TO004262B
Recorrido: Marcos César da Costa Almeida
Advogado: Flávio da Cunha Ferreira Albuquerque e Silva - TO005514
Interes.: Confederacao dos Trabalhadores no Servico Publico Federal - "Amicus Curiae"
Interes.: Federacao Nacional dos Trabalhadores do Servico Publico Federal - FENADSEF - "Amicus Curiae"
Interes.: Sindicato Nacional dos Servidores Federais da Educacao Basica, Profissional e Tecnologica - "Amicus Curiae"
Advogados: Jose Luis Wagner e outro(s) - RS018097
Valmir Floriano Vieira de Andrade - DF026778

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Representativo de controvérsia. Servidor público estadual. Prequestionamento ficto. Ocorrência. Progressão funcional. Requisitos legais preenchidos. Ilegalidade do ato de descumprimento de direito subjetivo por restrições orçamentárias previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal. Recurso especial do ente federativo a que se nega provimento.

1. Recurso especial da parte recorrente em que se discute *a legalidade do ato de não concessão de progressão funcional do servidor público, quando atendidos todos os requisitos legais, sob o argumento de que foram superados os limites orçamentários previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, referentes a gastos com pessoal de ente público*.

2. Conforme o entendimento desta Corte Superior, a incidência do art. 1.025 do CPC/2015 exige que o recurso especial tenha demonstrado a ocorrência de violação do art. 1.022 do referido diploma legal – possibilitando observar a omissão do Tribunal de origem quanto à apreciação da matéria de direito de lei federal controvertida, bem como inaugurar a jurisdição na instância *ad quem*, caso se constate

a existência do vício do julgado, vindo a deliberar sobre a possibilidade de julgamento imediato da matéria, o que ocorreu na espécie.

3. A LC 101/2000 determina que seja verificado se a despesa de cada Poder ou órgão com pessoal – limite específico – se mantém inferior a 95% do seu limite; isso porque, em caso de excesso, há um conjunto de vedações que deve ser observado exclusivamente pelo Poder ou pelo órgão que houver incorrido no excesso, como visto no art. 22 da LC 101/2000.

4. O mesmo diploma legal *não prevê vedação à progressão funcional do servidor público que atender aos requisitos legais para sua concessão, em caso de superação dos limites orçamentários previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, referentes a gastos com pessoal de ente público*. Nos casos em que há comprovado excesso, se global ou específico, as condutas que são lícitas aos entes federativos estão expressamente delineadas. Ou seja, há comandos normativos claros e específicos de mecanismos de contenção de gasto com pessoal, os quais são taxativos, não havendo previsão legal de vedação à progressão funcional, que *é direito subjetivo do servidor público quando os requisitos legais forem atendidos em sua plenitude*.

5. O aumento de vencimento em questão não pode ser confundido com concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, uma vez que o incremento no vencimento decorrente da progressão funcional horizontal ou vertical – aqui dito vencimento em sentido amplo englobando todas as rubricas remuneratórias – é inerente à movimentação do servidor na carreira e *não inova o ordenamento jurídico em razão de ter sido instituído em lei prévia*, sendo direcionado apenas aos grupos de servidores públicos que *possuem os requisitos para sua materialização e incorporação ao seu patrimônio jurídico quando presentes condições específicas definidas em lei*.

6. Já conceder vantagem, aumento, reajuste ou adequar a remuneração a qualquer título engloba aumento real dos vencimentos em sentido amplo, de forma irrestrita à categoria de servidores públicos, sem distinção, e deriva de lei específica para tal fim. Portanto, a vedação presente no art. 22, inciso I, da LC 101/2002 se dirige a essa hipótese legal.

7. A própria Lei de Responsabilidade Fiscal, ao vedar, no art. 21, parágrafo único, inciso I, àqueles órgãos que tenham incorrido

em excesso de despesas com pessoal, a *concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título*, ressalva, de logo, os direitos *derivados de sentença judicial ou de* ***determinação legal*** *ou contratual*, exceção em que se inclui a progressão funcional.

8. O ato administrativo do órgão superior da categoria que concede a progressão funcional é simples, e por isso não depende de homologação ou da manifestação de vontade de outro órgão. Ademais, o ato produzirá seus efeitos imediatamente, sem necessidade de ratificação ou chancela por parte da Secretaria de Administração. Trata-se, também, de ato vinculado sobre o qual não há nenhuma discricionariedade da Administração Pública para sua concessão quando presentes todos os elementos legais da progressão.

9. Condicionar a progressão funcional do servidor público a situações alheias aos critérios previstos por lei poderá, por via transversa, transformar seu direito subjetivo em ato discricionário da Administração, ocasionando violação aos princípios caros à Administração Pública, como os da legalidade, da impessoalidade e da moralidade.

10. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que os limites previstos nas normas da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), no que tange às despesas com pessoal do ente público, não podem servir de justificativa para o não *cumprimento de direitos subjetivos do servidor público*, como é o recebimento de vantagens asseguradas por lei.

11. A Carta Magna de 1988 enumerou, em ordem de relevância, as providências a serem adotadas pelo administrador na hipótese de o orçamento do órgão público ultrapassar os limites estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal, quais sejam, *a redução de cargos em comissão e funções de confiança, a exoneração de servidores não estáveis e a exoneração de servidores estáveis* (art. 169, § 3º, da CF/1988). Não se mostra razoável a suspensão de benefícios de servidores públicos estáveis sem a prévia adoção de medidas de contenção de despesas, como a diminuição de funcionários comissionados ou de funções comissionadas pela Administração.

12. Não pode, outrossim, o Poder Público alegar crise financeira e o descumprimento dos limites globais e/ou específicos referentes às despesas com servidores públicos nos termos dos arts. 19 e 20

da LC 101/2000 de forma genérica, apenas para legitimar o não cumprimento de leis existentes, válidas e eficazes, e suprimir direitos subjetivos de servidores públicos.

13. Diante da expressa previsão legal acerca da progressão funcional e comprovado de plano o cumprimento dos requisitos para sua obtenção, está demonstrado o *direito líquido e certo* do servidor público, devendo ser a ele garantida a progressão funcional horizontal e vertical, a despeito de o ente federativo ter superado o limite orçamentário referente a gasto com pessoal, previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal, tendo em vista não haver previsão expressa de vedação de progressão funcional na LC 101/2000.

14. Tese fixada pela Primeira Seção do STJ, com observância do rito do julgamento dos recursos repetitivos previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015: *é ilegal o ato de não concessão de progressão funcional de servidor público, quando atendidos todos os requisitos legais, a despeito de superados os limites orçamentários previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, referentes a gastos com pessoal de ente público, tendo em vista que a progressão é direito subjetivo do servidor público, decorrente de determinação legal, estando compreendida na exceção prevista no inciso I do parágrafo único do art. 22 da Lei Complementar 101/2000*.

15. Recurso especial do ente federativo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em sessão de 24/02/2022, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Og Fernandes e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 24 de fevereiro de 2022 (data do julgamento).

Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5), Relator

DJe 15.3.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5): 1. Trata-se de recurso especial interposto pelo *Estado do Tocantins*, com base no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, objetivando a reforma do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, assim ementado:

> Mandado de segurança. Secretário Segurança Pública. Ilegitimidade. Exclusão do polo passivo. Direitos Constitucional e Administrativo. Servidor público estadual. Agente da Polícia Civil do Estado do Tocantins. Progressão funcional horizontal. Impetrante que foi considerado apto à progressão. Direito subjetivo reconhecido por deliberação do Conselho Superior da Polícia Civil (CSPC). Órgão competente para a deliberação quanto à progressão de policiais civis. Direito líquido e certo configurado. Ato ilegal praticado pelo Secretário de Estado da Administração consubstanciado na negativa de progressão funcional do impetrante. Impetração anterior à MP n. 02/2019 (Lei Estadual n. 3.462/2019). Não violação ao princípio da legalidade estrita. Mandado de segurança conhecido. Segurança concedida em definitivo
>
> 1. Reconhecida a ilegitimidade passiva do Secretário de Estado da Segurança Pública, já que somente o Secretário de Administração do Estado do Tocantins é quem efetivamente detém competência para adotar as providências imprescindíveis à promoção de servidores públicos estaduais.
>
> 2. Possui direito líquido e certo ao reenquadramento funcional na carreira o policial civil que atende aos requisitos autorizadores para tanto, conforme previsão legal, notadamente em razão do reconhecimento de tal direito pelo Conselho Superior da Polícia Civil do Estado do Tocantins (CSPC), que é o órgão público que detém competência para deliberar sobre a progressão na carreira de policiais civis. Precedentes do TJTO.
>
> 3. Se o Conselho Superior da Polícia Civil (CSPC), enquanto órgão competente para decidir a respeito da evolução funcional na carreira de policiais civis, analisou o pedido de progressão do impetrante e decidiu em seu favor, com a consequente concessão da progressão funcional na carreira, não pode o servidor público ficar refém da discordância interna entre órgãos diversos da Administração Pública, mas que compõem a estrutura da mesma pessoa jurídica de direito público interno (no caso, o Estado do Tocantins). Precedentes do TJTO.
>
> 4. A concessão da ordem não viola o disposto na Medida Provisória (MP) n. 02/2019, convertida na Lei Estadual n. 3.462/2019, tendo em vista que a presente impetração se deu em data anterior à vigência de referido ato normativo. Não afronta ao princípio da legalidade estrita.
>
> 5. Mandado de segurança conhecido. Segurança concedida em definitivo.

> 6. Efeitos funcionais decorrentes da concessão da segurança que deverão retroagir à data em que o impetrante alcançou os requisitos imprescindíveis para a sua progressão funcional.
>
> 7. Efeitos financeiros da concessão da segurança (retroativos e mensais) que somente incidirão a partir da impetração (súmulas n. 269 e 271, ambas do STF) – fls. 142/156.

2. Os embargos de declaração opostos pelo ente federativo foram rejeitados (fls. 195/201).

3. Em seu recurso especial (fls. 217/231), a parte recorrente aponta violação do art. 1.022 do CPC/2015; do art. 1º da Lei 12.016/2009; e dos arts. 20, 21 e 22 da Lei Complementar 101/2000. Argumenta, para tanto, que: (a) houve a negativa de prestação jurisdicional, uma vez que o Tribunal de origem não apreciou a tese por ela levantada; (b) não há direito líquido e certo a ser garantido na via mandamental, haja vista que não possui o servidor público direito absoluto à progressão funcional prevista na lei regulamentadora da carreira da Polícia Civil; (c) a concessão da segurança ao servidor público implica nítido aumento de despesa com pessoal, visto que determina o reenquadramento de policial na carreira, com a implementação de progressões e aumento de subsídios, ocasionando despesa permanente com pessoal sem a correspondente dotação orçamentária necessária; e (d) os atos administrativos, os quais deferem promoções com datas retroativas sem nenhum respaldo orçamentário ou financeiro, são absolutamente nulos. Requer, ao final, a reforma do julgado para *denegação da ordem*.

4. Nas contrarrazões apresentadas pelo ora recorrido alega-se: (a) o não preenchimento dos pressupostos de admissão do recurso especial; (b) a incidência da Súmula 7/STJ; (c) a falta de prequestionamento dos dispositivos tidos como violados; (d) não poder a Administração Pública negar a ele, a servidor público estadual, a progressão sob o argumento de extrapolação do limite prudencial com despesas, uma vez que tal circunstancia não tem o condão de desconstituir seu direito líquido e certo, baseado em direito previsto em lei estadual de onde se extrai a presunção de reserva de valores; e (d) a validade dos atos exarados pelo Conselho Superior da Polícia Civil (fls. 234/252).

5. O recurso especial foi admitido em juízo de admissibilidade prévio pelo Tribunal de origem (fls. 263/266).

6. Recebido o feito nesta Corte Superior, foi indicado como representativo da controvérsia pela Comissão Gestora de Precedentes (fls. 273/276).

7. O Ministério Público Federal, em parecer acostado aos autos (fls. 281/286), manifestou-se pela admissão do presente recurso como representativo da controvérsia.

8. O recurso especial foi submetido ao julgamento da Primeira Seção, em conformidade com o art. 1.036, § 5º, do CPC/2015, sendo admitido como representativo da controvérsia, tendo sido determinada a suspensão de tramitação de todos os processos pendentes no território nacional que versassem sobre a mesma questão, individuais e coletivos (fls. 456/464).

9. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República *Geraldo Brindeiro*, opinou pela legalidade do ato de não concessão de progressão funcional do servidor apenas quando presentes as situações excepcionais de superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade e, finalmente, pelo não conhecimento do recurso especial (fls. 470/478).

10. Foram deferidos os pedidos para ingressar no feito como *amicus curiae*, formulados pela *Confederação dos Trabalhadores no Serviço Público Federal*, pela *Federação Nacional dos Trabalhadores do Serviço Público Federal - FENADSEF* e pelo *Sindicato Nacional dos Servidores Federais da Educação Básica, Profissional e Tecnologica* (fls. 657).

11. É o relatório.

VOTO

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

Moldura fática.

1. Na origem, trata-se de mandado de segurança, com pedido de tutela de urgência, impetrado por *Marcos César da Costa Almeida* contra ato supostamente omissivo do *Secretário da Administração do Estado do Tocantins* e do *Secretário de Segurança Pública do Estado do Tocantins*, consistente em não realizar o seu reenquadramento funcional, apesar de preencher os requisitos legais (fls. 10/27).

2. Na ocasião, o Tribunal de origem deferiu o pedido de tutela provisória a fim de determinar o trâmite do processo administrativo do servidor público estadual para que as autoridades coatoras adotassem as providências para a progressão funcional do ora recorrido (fls. 53/57).

3. Ato contínuo, a autoridade coatora prestou informações (fls. 68/83), argumentando, na oportunidade, que: (a) havia necessidade de dilação probatória quanto à existência da respectiva disponibilidade orçamentária para a progressão pretendida, bem como havia a ausência de direito líquido e certo a ser amparado; (b) *após a aprovação no estágio probatório o servidor público está apto à evolução funcional, o que não significa a imediata implementação das referidas progressões, porquanto devem estar acompanhadas de estimativa de impacto na folha e do preparo orçamentário e financeiro para tanto* (fls. 69); (c) *considerando a apuração do cumprimento do limite legal elaborada pela Secretaria da Fazenda, no período de junho a julho de 2017, que demonstra o* ***índice de 50,05% sobre a receita corrente líquida****, com a despesa total com pessoal, fica caracterizada a desconformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal, visto que de acordo com o artigo 20 da referida lei* [que] *dispõe que "a repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais: 11 - na esfera estadual: c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo"* (fls. 72 - grifei); (d) *a falta de disponibilidade financeira impede que o Governo execute as progressões vertical e horizontal, mormente em um momento de crise fiscal, não havendo condições financeiras para que o Tesouro Estadual assuma esta despesa sem caixa* em observância aos art. 167, inciso II e 169 da CF/88, bem como dos arts. 15, 16, 17 e 21 da LC 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) – fls. 77; (e) a ausência de dotação orçamentária prévia impedia a aplicação da progressão no exercício financeiro; e (f) os reajustes dos subsídios concedidos não produziam efeitos jurídicos, sendo ineficazes.

4. Após, o ente federativo, também, interpôs agravo interno (fls. 84/92), o qual foi desprovido (fls. 111/118). Quando da análise do mérito, o Tribunal de origem concedeu a ordem em definitivo, com efeitos funcionais decorrentes da concessão da segurança, os quais retroagiram à data em que o impetrante havia alcançado os requisitos para a sua progressão funcional (fls. 146/152).

5. Desse acórdão o ente federativo opôs embargos de declaração (fls. 177/183) a fim de que o tribunal se manifestasse para fins de prequestionamento quanto aos arts. 15, 16, 17, § 5º, 20, 21 e 22 da LC 101/2000, bem como aos arts. 167, II, e 169, parágrafo único, I e II, da CF/1988. Todavia o referido recurso foi rejeitado (fls. 195/201).

Tese em abstrato.

6. Sobreveio recurso especial do Estado do Tocantins em que se discute *a legalidade do ato de não concessão de progressão funcional do servidor público, quando*

atendidos todos os requisitos legais, sob o fundamento de que superados os limites orçamentários previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, referentes a gastos com pessoal de ente público.

Fundamento jurídico.

7. Primeiramente, verifico a ocorrência do prequestionamento ficto. Isso porque, conforme o entendimento desta Corte Superior, a incidência do art. 1.025, do CPC/2015 exige que o recurso especial tenha demonstrado a ocorrência de violação do art. 1.022 do referido diploma legal – possibilitando observar a omissão do Tribunal de origem quanto à apreciação da matéria de direito de lei federal controvertida, bem como inaugurar a jurisdição na instância *ad quem*, caso se constate a existência do vício do julgado, vindo a deliberar sobre a possibilidade de julgamento imediato da matéria, o que ocorreu na espécie. Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> Processual Civil e Tributário. Negativa de prestação jurisdicional. Ocorrência. *Prequestionamento ficto. Art. 1.025 do CPC/2015*. Non reformatio in pejus. Observância. Exceção de pré-executividade. Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Reexame de fatos e provas. Súmula 7 do STJ.
>
> 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC" (Enunciado Administrativo n. 3).
>
> *2. O acolhimento do prequestionamento ficto de que trata o art. 1.025 do CPC/2015 exige do recorrente a indicação de violação do disposto no art. 1.022 do mesmo diploma, "para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei"* (AgInt no AREsp 1.067.275/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 03/10/2017, DJe 13/10/2017), *providência atendida*, in casu.
>
> (...)
>
> 5. Agravo interno desprovido (AgInt no REsp 1.885.901/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 23/2/2021, DJe 9/3/2021 – sem destaques no original).

> Processual Civil. Ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015 configurada. Prequestionamento ficto. Aplicação do art. 1.025 do CPC/2015. Mandando de segurança coletivo. Associação. Hipótese de substituição processual. Dispensa

de autorização específica dos associados. Legitimidade ativa *ad causam*. (...). *Aplicabilidade do art. 1.025 do CPC/2015*.

4. O Tribunal de origem dirimiu a controvérsia utilizando-se de fundamentos eminentemente constitucionais, sem se manifestar sobre os dispositivos de lei federal apontados como violados, apesar de provocado mediante oposição dos Embargos de Declaração.

5. É cediço o entendimento de que a solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015 e que o juiz não é obrigado a rebater todos os argumentos das partes. Por outro lado, o juiz não pode deixar de conhecer de matéria relevante ao deslinde da questão, mormente quando sua decisão não é suficiente para refutar a tese aduzida, que, portanto, não abrange toda a controvérsia.

6. Para fins de aplicação do art. 1.025 do CPC/2015, a jurisprudência do STJ consolidou que apenas poderá considerar prequestionada determinada matéria caso sustentada e reconhecida a violação do art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015.

7. A melhor interpretação da norma contida no art. 1.025 do CPC não colide com a utilização da Súmula 211/STJ. Pelo contrário, reforça-a. Este ponto é muito importante, principalmente pela dificuldade de alguns doutrinadores em interpretar a norma contida no citado dispositivo legal.

8. O Tribunal *a quo* deverá ter apreciado a matéria ao menos implicitamente para que o Recurso Especial possa ser analisado pelo Superior Tribunal de Justiça. A obrigatoriedade do prequestionamento da matéria a ser debatida e decidida no STJ continua firme. Além disso, o art. 1.025 do CPC requer que o acórdão reprochado contenha erro, omissão, contradição ou obscuridade, que é o caso dos autos.

(...)

Conclusão

19. Ao lume do exposto, dá-se parcial provimento ao Recurso Especial, devolvendo-se o presente feito ao Tribunal de origem a fim de que este analise a legitimidade da associação com base nos fundamentos supra (REsp 1.778.137/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/8/2019, DJe 11/10/2019 – sem destaques no original).

8. Observo que a matéria é estritamente de direito, a saber, *se há direito subjetivo à progressão funcional do servidor público* quando atendidos todos os requisitos legais, ainda que o ente federativo haja superado os limites orçamentários referentes a gasto com pessoal, previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal.

9. As disposições de leis federais alegadas à época como violadas estão expressas a seguir:

> Art. 20. *A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais*:
>
> I – na esfera federal:
>
> a) 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União;
>
> b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;
>
> c) 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) para o Executivo, destacando-se 3% (três por cento) para as despesas com pessoal decorrentes do que dispõem os incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e o art. 31 da Emenda Constitucional n. 19, repartidos de forma proporcional à média das despesas relativas a cada um destes dispositivos, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar; (Vide Decreto 3.917, de 2001)
>
> d) 0,6% (seis décimos por cento) para o Ministério Público da União;
>
> II – *na esfera estadual*:
>
> a) 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado;
>
> b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;
>
> *c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo*;
>
> d) 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados;
>
> III – na esfera municipal:
>
> a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver;
>
> b) 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.
>
> § 1º Nos Poderes Legislativo e Judiciário de cada esfera, os limites serão repartidos entre seus órgãos de forma proporcional à média das despesas com pessoal, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar.
>
> (...)
>
> Art. 21. *É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal* e não atenda:
>
> I - as exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar, e o disposto no inciso XIII do art. 37 e no § 1o do art. 169 da Constituição;
>
> II - o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo.

> (...)
>
> Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 *será realizada ao final de cada quadrimestre*.
>
> Parágrafo único. *Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso*:
>
> *I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título*, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição;

10. Dito isso, é importante consignar que a CF/1988 estabelece diretrizes para contenção de gasto público quando excedido *o limite global estabelecido por lei complementar com despesa com pessoal*.

11. Nessa hipótese, o art. 169, § 3º, da CF/1988 prevê mecanismos para restabelecer o equilíbrio fiscal, a fim de evitar que as atividades inerentes ao estado sejam prejudicadas. Tais providências são estas: (a) redução em pelo menos 20% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; e (b) exoneração dos servidores não estáveis. Caso tais medidas não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal (art. 169, §§ 2º, 3º e 4º, da CF/1988).

12. Como bem destacado pela professora e doutrinadora MARIA SYLVIA ZANELLA DE PIETRO em sua obra *Direito Administrativo*, tanto a CF/1988 quanto a LC 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal – disciplinam as providências do gestor público quando os limites de gastos com pessoal excederem o previsto pela lei complementar, como explicitado abaixo:

> No caso de a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no artigo 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo (o que é verificado no final de cada quadrimestre, conforme artigo 22, caput), o artigo 23 estabelece que o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do artigo 169 (redução em 20% das despesas com cargos em comissão, exoneração dos não estáveis e perda do cargo dos estáveis). Além dessas medidas, que encontram fundamento no referido dispositivo constitucional, a lei prevê outras providências, referidas nos §§ 1º e 2º do artigo 23: o primeiro estabelece que, no caso do inciso I, do § 3º do artigo 169, da Constituição, o objetivo poderá ser alcançado tanto pela extinção de cargos e

> funções quanto pela redução dos valores a eles atribuídos; 37 o segundo prevê a "redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária" (art. 23, § 2º). (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Disponível em: STJ Minha Biblioteca, 34. ed. Grupo GEN, 2021.)

13. Além disso, para os estados, a Lei de Responsabilidade Fiscal prescreve como limite global 60% para a despesa total com pessoal, em cada período de apuração, nos termos do art. 19, inciso II, da LC 101/2000. Também, conforme o parágrafo único do art. 22 da LC 101/2000, quando atingido o percentual de 95% do limite de gastos com pessoal, estará vedado ao Poder ou órgão que houver incorrido no excesso:

> I – *conceder vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título*, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos prevista no inciso X do art. 37 da Constituição;
>
> II – *criar cargo, emprego ou função*;
>
> III – *alterar estrutura de carreira que implique aumento de despesa*;
>
> IV – *prover cargo público, admitir ou contratar pessoal a qualquer título*, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;
>
> V – *contratar hora extra*, salvo no caso de convocação extraordinária do Congresso Nacional em caso de urgência ou interesse público relevante (inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição) e as situações previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

14. A verificação de tais limites – global e específico –, por sua vez, dar-se-á ao final de cada quadrimestre, segundo o art. 22, *caput*, da LC 101/2000. Nessa oportunidade, a LC 101/2000 determina que seja verificada se a despesa de cada Poder ou órgão com pessoal – limite específico – se mantém inferior a 95% do seu limite; isso porque, em caso de excesso, *há um conjunto de vedações que deve ser observado exclusivamente pelo Poder ou o órgão que houver incorrido no excesso*, como visto no art. 22 da LC 101/2000.

15. Veja que em nenhuma dessas situações a LC 101/2000 *desautoriza a progressão funcional do servidor público que atender aos requisitos legais*. Assim, nos casos em que há comprovado excesso, se global ou específico, as condutas que são lícitas aos entes federativos estão expressamente delineadas. Ou seja, há comandos normativos claros e específicos de mecanismos de contenção de gasto com pessoal, os quais *são taxativos*, não havendo previsão legal de vedação à

progressão funcional, que *é direito subjetivo do servidor público quando os requisitos legais foram atendidos em sua plenitude*.

16. Vale lembrar que a doutrina administrativista conceitua a *promoção* quando o servidor é elevado de cargo integrante de uma classe para cargo de outra, denominada de *melhoria vertical*; noutro vértice. a progressão ocorre quando o servidor permanece no mesmo cargo, todavia dentro dele percorre um *iter funcional*, geralmente representado por *índices* ou *padrões*, em que a melhoria vai sendo consolidada por elevação nos vencimentos, o qual é designado de *melhoria horizontal*.

17. Veja os ensinamentos do professor JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, com base na doutrina administrativista acerca do tema:

> No que concerne particularmente à promoção, é forçoso reconhecer que são muito variados os sistemas de melhoria funcional. Algumas leis funcionais distinguem a promoção e a progressão (esta stricto sensu, porque toda melhoria, em última análise, retrata uma forma de progressão funcional). Na promoção, o servidor é alçado de cargo integrante de uma classe para cargo de outra (melhoria vertical), ao passo que na progressão o servidor permanece no mesmo cargo, mas dentro dele percorre um iter funcional, normalmente simbolizado por índices ou padrões, em que a melhoria vai sendo materializada por elevação nos vencimentos (melhoria horizontal). (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Disponível em: STJ Minha Biblioteca, 35. ed. Grupo GEN, 2021.)

18. A melhoria do vencimento decorrente da progressão funcional não pode ser confundida com conceder vantagem, aumento e reajuste ou com adequar a remuneração a qualquer título, uma vez que o incremento no vencimento decorrente da melhoria horizontal ou vertical – aqui dito vencimento em sentido amplo, englobando todas as rubricas remuneratórias – é *inerente à progressão funcional*, sendo direcionado apenas aos grupos de servidores públicos os quais *possuem os requisitos para sua materialização e incorporação ao seu patrimônio jurídico quando presente condições específicas definidas em lei*.

19. Já conceder vantagem, aumento, reajuste ou adequar a remuneração a qualquer título engloba aumento real dos vencimentos em sentido amplo, de forma irrestrita à categoria de servidores públicos sem distinção, derivada de lei específica para tal fim. Portanto, *a vedação presente no art. 22, inciso I, da LC 101/2002 se dirige a essa hipótese legal*.

20. A melhoria horizontal e vertical é direito subjetivo do servidor integrante da Administração Pública, prevista em lei anterior ao implemento

dos requisitos para progressão funcional. Sendo assim, confere ao titular *a faculdade de invocar a lei a fim de assegurar a produção de seus efeitos concretos, para desfrutar a situação jurídica nela contemplada*.

21. Isso porque, como leciona o Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, *as normas jurídicas são espontaneamente observadas e os direitos subjetivos delas decorrentes realizam-se por um processo natural e simples*, porém quando *deixa de ocorrer a submissão da vontade individual ao comando normativo, a ordem jurídica aciona um mecanismo de sanção, promovendo, por via coercitiva, a obediência a seus postulados* (BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais. Disponível em: STJ Minha Biblioteca, 10. ed. Saraiva, 2021).

22. Aqui, a coerção foi buscada pela via da ação constitucional mandamental impetrada pelo servidor público para garantir o cumprimento da lei concernente à situação jurídica da progressão funcional.

23. O ato administrativo do órgão superior da categoria que concede a progressão funcional é simples, e por isso não depende de homologação ou da manifestação de vontade de outro órgão. Ademais, o ato produzirá seus efeitos imediatamente, sem necessidade de ratificação ou chancela por parte da Secretaria de Administração. Trata-se, também, de ato vinculado sobre o qual não há nenhuma discricionariedade da Administração Pública para sua concessão quando presentes todos os elementos legais da progressão.

24. Com profícua análise dos elementos que compõem o ato administrativo, a professora MARIA SYLVIA ZANELLE DI PIETRO ensina que o ato administrativo vinculado possui todos os seus elementos definidos por lei e sua análise está restrita apenas ao aspecto da legalidade, diversamente do ato discricionário, o qual inclui no seu escopo de abrangência o aspecto de mérito que diz respeito à oportunidade e à conveniência do interesse público:

> A partir da ideia de que certos elementos do ato administrativo são sempre vinculados (a competência e a finalidade, em sentido estrito), pode-se afirmar que não existe ato administrativo inteiramente discricionário. No ato vinculado, todos os elementos vêm definidos na lei; no ato discricionário, alguns elementos vêm definidos na lei, com precisão, e outros são deixados à decisão da Administração, com maior ou menor liberdade de apreciação da oportunidade e conveniência.
>
> Por isso se diz que o ato vinculado é analisado apenas sob o aspecto da legalidade e que o ato discricionário deve ser analisado sob o aspecto da legalidade e do mérito: o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e

> o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Disponível em: STJ Minha Biblioteca, 34. ed. Grupo GEN, 2021.)

25. Nessa senda, condicionar a progressão funcional do servidor público a situações alheias aos critérios previstos por lei poderá, por via transversa, transformar seu direito subjetivo em ato discricionário da Administração, ocasionando violação aos princípios caros da Administração Pública como os da legalidade, da impessoalidade e da moralidade.

26. Não é sem razão que a própria Lei de Responsabilidade Fiscal, ao vedar, no art. 21, parágrafo único, inciso I, àqueles órgãos que tenham incorrido em excesso de despesas com pessoal a *concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título*, excepciona, de logo, os direitos *derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual*.

27. A progressão funcional, nesse panorama, consubstancia incremento vencimental derivado de determinação legal, atraindo a incidência da exceção acima mencionada; mostrando-se despido de legitimidade e de legalidade o ato administrativo que, quando preenchidos os requisitos legais, obsta a sua concessão.

28. Com a finalidade de proteger o direito subjetivo do servidor público quanto a vantagens asseguradas por lei, esta Corte Superior firmou entendimento segundo o qual os limites previstos nas normas da Lei de Responsabilidade Fiscal, no que tange às despesas com pessoal do ente público, não podem servir de justificativa para o não *cumprimento de direitos subjetivos do servidor público*. A propósito, colaciono as ementas de arestos do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido:

> Administrativo. Agravo interno no agravo em recurso especial. Servidor público estadual aposentado. Revisão. Progressão horizontal. Limites estabelecidos pela LRF. Inaplicabilidade. Progressão horizontal. Direito à percepção. Análise de legislação local. Impossibilidade. Súmula 280/STF. Incidência, por analogia. Agravo interno do Estado do Rio Grande do Norte e do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado do Rio Grande do Norte a que se nega provimento.
>
> 1. *A jurisprudência deste Tribunal Superior proclama que os limites previstos nas normas da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), no que tange às despesas com pessoal do ente público, não podem servir de justificativa para o não cumprimento de direitos subjetivos do servidor público, como é o recebimento de vantagens asseguradas por lei*. Precedentes: AgRg no RMS 30.456/RO, Rel. Min. *Vasco Della Giustina* (Desembargador convocado do TJ/RS), Sexta Turma, DJe 21.11.2011; RMS

30.428/RO, Rel. Min. *Felix Fischer*, Quinta Turma, DJe 15.3.2010; RMS 20.915/MA, Rel. Min. *Laurita Vaz*, Quinta Turma, 8.2.2010; REsp 1.197.991/MA, Rel. Min. *Eliana Calmon*, DJe 26.8.2010; REsp 935.418/AM, Rel. Min. *Arnaldo Esteves Lima*, Quinta Turma, DJe 16.3.2009.

2. A análise do pleito de progressão à parte agravada esbarra no óbice previsto na Súmulas 280/STF por análise de legislação local, notadamente das LCE 49/1986 e 322/2006 do Estado do Rio Grande do Norte.

3. Agravo Interno do *Estado do Rio Grande do Norte* e do *Instituto de Previdência dos Servidores do Estado do Rio Grande do Norte* a que se nega provimento (AgInt no AREsp 1.410.389/RN, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 24/08/2020, DJe 31/08/2020 - sem destaque no original).

Administrativo e Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Servidor público estadual. Promoção funcional. Descumprimento de obrigação de fazer. Limites orçamentários da LRF. Inaplicabilidade. Prescrição do fundo de direito. Não ocorrência. Incidência da Súmula 85/STJ. Agravo interno do Estado do Rio Grande do Norte desprovido.

1. *A jurisprudência deste Tribunal Superior proclama que os limites previstos nas normas da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), no que tange às despesas com pessoal do ente público, não podem servir de justificativa para o não cumprimento de direitos subjetivos do servidor público, como é o recebimento de vantagens asseguradas por lei* (REsp 86.640/PI, Rel. Min. *Benedito Gonçalves*, DJe 9.3.2012).

2. Agravo Interno do *Estado do Rio Grande do Norte* desprovido (AgInt no AREsp 1.413.153/RN, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 09/12/2019, DJe 12/12/2019 - sem destaque no original).

Financeiro e Administrativo. Agravo interno no recurso especial. Vantagens pecuniárias asseguradas por lei. Limite de gastos com pessoal. Lei de Responsabilidade Fiscal. Decisão judicial. Direito subjetivo. Exceção. Art. 2º-B da Lei n. 9.494/1997. Incidência da Súmula 211 do STJ.

1. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que os limites orçamentários previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, no que se refere às despesas com pessoal do ente público, não podem servir de fundamento para o não cumprimento de direitos subjetivos do servidor, assegurados por lei ou por decisão judicial, independentemente da competência da despesa*. Precedentes.

2. O art. 2º-B da Lei n. 9.494/1997 não foi objeto de prequestionamento, nem mesmo de forma implícita, pela Corte local, de modo a atrair a incidência da Súmula 211/STJ.

3. Agravo interno a que se nega provimento (AgInt no REsp 1.418.641/RN, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 01/10/2019, DJe 07/10/2019 – sem destaque no original).

Agravo regimental. Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Servidor público estadual. Incorporação de quintos. Lei Complementar n. 68/92 do Estado de Rondônia. Atualização monetária da vantagem pessoal. Limites orçamentários. Recusa de pagamento. Lei de Responsabilidade Fiscal. Inaplicabilidade. Art. 19, § 1º, IV, da LRF. Recurso desprovido.

1. "O servidor público do Estado de Rondônia investido em cargo em comissão ou função gratificada por período superior a 5 (cinco) anos incorporava aos seus vencimentos - a título de vantagem pessoal, à razão de 1/5 (um quinto) por ano subseqüente de exercício - a diferença entre o vencimento básico do cargo efetivo e a remuneração do cargo comissionado, sendo que a vantagem seria devida a partir da dispensa da função", conforme "inteligência do art. 100 da Lei Complementar Estadual 68/92, revogado pela Lei Complementar Estadual 221/99". Outrossim, "o servidor público estadual que incorporou em seus vencimentos quintos ou teve reconhecido esse direito pela Administração, exatamente porque preenchera os requisitos legais vigentes à época, tem direito ao recebimento da vantagem, em valores atualizados. A Administração não pode sujeitar a vantagem em referência tão-somente à revisão geral da remuneração dos servidores públicos estaduais porque a lei revogadora assim não determinou" (RMS 21.570/RO, Rel. Min. *Arnaldo Esteves Lima*, DJ 22.10.2007).

2. *A jurisprudência deste Tribunal Superior proclama que os limites previstos nas normas da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), no que tange às despesas com pessoal do ente público, não podem servir de justificativa para o não cumprimento de direitos subjetivos do servidor público, como é o recebimento de vantagens asseguradas por lei, tampouco essas restrições incidem quando as despesas decorram de decisões judiciais (art. 19, § 1º, IV, da LC 101/2000)*.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no RMS 30.456/RO, Rel. Ministro Vasco Della Giustina, Desembargador Convocado do TJ/RS, Sexta Turma, julgado em 25/10/2011, DJe 21/11/2011 – sem destaque no original).

Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público. Vantagens pessoais. Lei Complementar n. 68/92 do Estado de Rondônia. Pagamento. Recusa. Limites orçamentários. Lei de Responsabilidade Fiscal. Inaplicabilidade. Art. 19, § 1º, inciso IV, da LRF.

I - Conforme entendimento já esposado por este c. STJ, o art. 100 da Lei Complementar Estadual n. 68/92 assegurava ao servidor público do Estado de Rondônia, investido em cargo em comissão ou função gratificada por período superior a 5 (cinco) anos, a incorporação - a título de vantagem pessoal, e à razão de 1/5 (um quinto) por ano subseqüente de exercício - da diferença entre o vencimento básico do cargo efetivo e a remuneração do cargo comissionado. Precedente: RMS 21.570/RO, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 22/10/2007.

> II - *A Lei de Responsabilidade Fiscal, que regulamentou o art. 169 da Constituição Federal de 1988, fixando limites de despesas com pessoal dos entes públicos, não pode servir de fundamento para elidir o direito dos servidores públicos de perceber vantagem legitimamente assegurada por lei*. Precedentes deste e. Superior Tribunal de Justiça e do c. Supremo Tribunal Federal.
>
> Recurso ordinário provido (RMS 30.428/RO, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23/02/2010, DJe 15/03/2010 – sem destaque no original).

29. Não se desconhece a existência de julgados da Segunda Turma desta Corte Superior que, embora, reconheçam o direito subjetivo à progressão funcional, condicionam seu implemento à observância dos limites previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal. Confiram-se:

> Administrativo. Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público estadual. Progressão funcional. Necessidade de vaga, para progressão de classe. Ausência de revogação da Lei Estadual 13.467/2000 e da Resolução 367/2001, pela Lei Estadual 16.645/2007. Observância da Lei de Responsabilidade Fiscal. Precedentes específicos do STJ. Ausência de direito líquido e certo. Agravo regimental improvido.
>
> I. Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, interposto contra acórdão no qual foi denegada a segurança, que objetivava a progressão vertical de servidor do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, *com base na alegação da desnecessidade de existência de vaga para promoção vertical, com passagem à classe funcional superior*.
>
> II. O tema encontra-se pacificado nesta Corte, no sentido de que a Lei Estadual 16.645/2007: a) estabeleceu disposições especiais; b) não declarou expressamente revogada a Lei Estadual 13.467/2000; c) não é com ela incompatível, nem regulou inteiramente a matéria versada na Lei anterior; c) subsistem, em consequência, a Resolução 367/2001 e todo o sistema de promoção vertical dos servidores públicos por ela abarcados, inclusive quanto à exigência de vaga para a promoção vertical postulada. Ademais, na forma da jurisprudência, imperiosa "a necessidade de atendimento da Lei Complementar Federal n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF). A LRF, em seus arts. 18 e ss., quando trata da despesa pública, especificamente com relação à despesa com pessoal (Seção II), dispõe exaustivamente quanto à necessidade de a Administração - aqui incluídos tribunais de justiça em suas funções atípicas administrativas - limites de gastos em relação a suas receitas. Nesse ímpeto, tanto a Lei Estadual n. 13.647/2000 quanto a Resolução n. 367/2001 determinam que as promoções verticais devem ser cingidas a ditames orçamentários e fiscais, observada a repercussão financeira" (STJ, RMS 46.440/MG, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, DJe de 19/12/2014). Nesse mesmo sentido, os seguintes julgados do STJ, em casos idênticos: STJ, AgRg no RMS 46.432/MG, Rel. Ministro *Humberto Martins*,

Segunda Turma, DJe de 13/08/2015; AgRg no RMS 46.294/MG, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, DJe de 21/05/2015; RMS 46.433/MG, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Segunda Turma*, DJe de 19/12/2014.

III. Agravo Regimental improvido (AgRg no RMS 46.638/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 10/11/2015 – sem destaque no original).

Administrativo. Processual Civil. Servidor estadual. Progressão funcional. Lei Estadual 16.645/2007. Ausência de revogação da Lei Estadual 13.467/2000 e da Resolução 367/2001. Necessidade de vaga para progressão de classe. Critério com amparo legal. Observância da Lei de Responsabilidade Fiscal - Lei Complementar 101/2000. Precedente do CNJ. Precedentes específicos do STJ. Ausência de direito líquido e certo.

1. Recurso ordinário interposto contra acórdão no qual foi denegada a segurança ao pleito mandamental de reversão do indeferimento de pedido de progressão vertical de servidor do Tribunal de Justiça, *com base na alegação de desnecessidade de pré-existência de vaga para passagem à classe funcional superior*.

2. A recorrente alega que teria direito líquido e certo à progressão vertical com base no advento da Lei Estadual n. 16.645/2007 que teria revogado, implicitamente, a exigência de vaga prévia, óbice existente na Lei Estadual n. 13.467/2000. Assim, argumenta que não haveria amparo legal para a exigência de vaga prévia para outorga de progressão, como previsto no art. 27 da Resolução n. 367/2001.

3. O parágrafo único do art. 9º da Lei Estadual n. 16.645/2007 indica expressamente que os critérios da Lei Estadual n. 13.467/2000 seriam aplicáveis, além de a análise do sistema estadual não possibilitar o raciocínio que a Resolução n. 367/2001 teria sido revogada. Ainda, está evidente que referida Resolução que explicita no art. 29 a necessidade de controlar a repercussão financeira da progressão funcional de servidores está construída com atenção à Lei Complementar Federal n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), como observou o colegiado do Conselho Nacional de Justiça quando da apreciação do Procedimento de Controle Administrativo (PCA) n. 0005732-69.2012.2.00.0000, publicado no DJe, em 1º.7.2013.

4. Precedentes específicos: RMS 46.459/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19.12.2014; RMS 46.433/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19.12.2014; AgRg no RMS 46.294/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 21.5.2015; e RMS 46.440/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19.12.2014.

5. Agravo regimental improvido (AgRg no RMS 46.432/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 13/08/2015 – sem destaque no original).

30. No entanto, deve-se atentar para o fato de que o entendimento foi firmado das particularidades do caso concreto, evidenciando-se a *existência de lei local condicionando a progressão vertical ao surgimento de vagas e ao cumprimento dos ditames orçamentários e fiscais*.

31. Não se extrai, a meu ver, daqueles julgados – e de outros similares que formaram a jurisprudência da Segunda Turma nessa matéria – a compreensão de que a Administração, de maneira geral, possa se valer da LRF para obstar a progressão funcional de servidores públicos. O que ficou ali estampado, na verdade, se aplica ao caso específico e versou sobre questão diversa, qual seja, *a necessidade ou não de se aguardar o surgimento de vagas na classe superior a fim de se efetivar a progressão funcional*.

32. Reforço que a Carta Magna de 1988 enumerou, em ordem de relevância, as providências a serem adotadas pelo administrador na hipótese de o orçamento do órgão público ultrapassar os limites estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal, quais sejam, *a redução de cargos em comissão e funções de confiança, a exoneração de servidores não estáveis e a exoneração de servidores estáveis* (art. 169, § 3º, da CF/1988).

33. Não se mostra razoável a suspensão de benefícios de servidores públicos estáveis sem a prévia adoção de medidas de contenção de despesas, como a diminuição de funcionários comissionados ou de funções comissionadas.

34. Vale lembrar que o limite de comprometimento da receita corrente líquida é de 50% no caso da União e de 60% em relação a estados e municípios. Consequentemente, se não houver aquele comprometimento da receita corrente líquida, os entes federativos devem efetuar o pagamento das progressões funcionais em respeito à Lei de Responsabilidade Fiscal e à Constituição Federal.

35. Concluo, ainda, que não pode o Poder Público alegar crise financeira e o descumprimento dos limites globais e/ou específicos referentes à despesa com servidor público, nos termos dos arts. 19 e 20 da LC 101/2000, de forma genérica, apenas para legitimar o não cumprimento de leis existentes, válidas e eficazes, e suprimir, com isso, direitos de servidores públicos.

Caso concreto.

36. À vista disso, diante da expressa previsão legal acerca da progressão funcional e comprovado de plano o cumprimento dos requisitos para sua obtenção, está demonstrado o *direito líquido e certo* de *Marcos César da Costa Almeida*, devendo a ele ser garantida a progressão funcional horizontal e/ou

vertical, a despeito de o ente federativo ter superado o limite orçamentário referente a gasto com pessoal, previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal, tendo em vista não haver previsão expressa de vedação de progressão funcional na LC 101/2000.

Dispositivo e fixação da tese.

37. Portanto, com base nos fundamentos apresentados, nego provimento ao recurso especial do ente federativo e sugiro a fixação da tese, com observância do rito do julgamento dos recursos repetitivos previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, nos seguintes termos: *é ilegal o ato de não concessão de progressão funcional de servidor público, quando atendidos todos os requisitos legais, a despeito de superados os limites orçamentários previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, referentes a gastos com pessoal de ente público, tendo em vista que a progressão é direito subjetivo do servidor, decorrente de determinação legal, estando compreendida na exceção prevista no inciso I do parágrafo único do art. 22 da Lei Complementar 101/2000*.

38. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.937.821-SP (2020/0012079-1)

Relator: Ministro Gurgel de Faria
Recorrente: Município de São Paulo
Procuradores: Lucas Melo Nóbrega e outro(s) - SP272529
Felipe Granado Gonzales - SP239869
Recorrido: Fortress Negocios Imobiliarios Ltda
Advogados: Angelica Pim Augusto - SP338362
Filipe Martiena Teixeira - SP356925

EMENTA

Tributário. Recurso especial representativo de controvérsia. Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI). Base de cálculo.

Vinculação com Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). Inexistência. Valor venal declarado pelo contribuinte. Presunção de veracidade. Revisão pelo Fisco. Instauração de processo administrativo. Possibilidade. Prévio valor de referência. Adoção. Inviabilidade.

1. A jurisprudência pacífica desta Corte Superior é no sentido de que, embora o Código Tributário Nacional estabeleça como base de cálculo do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) e do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) o "valor venal", a apuração desse elemento quantitativo faz-se de formas diversas, notadamente em razão da distinção existente entre os fatos geradores e a modalidade de lançamento desses impostos.

2. Os arts. 35 e 38 do CTN dispõem, respectivamente, que o fato gerador do ITBI é a transmissão da propriedade ou de direitos reais imobiliários ou a cessão de direitos relativos a tais transmissões e que a base de cálculo do tributo é o "valor venal dos bens ou direitos transmitidos", que corresponde ao valor considerado para as negociações de imóveis em condições normais de mercado.

3. A possibilidade de dimensionar o valor dos imóveis no mercado, segundo critérios, por exemplo, de localização e tamanho (metragem), não impede que a avaliação de mercado específica de cada imóvel transacionado oscile dentro do parâmetro médio, a depender, por exemplo, da existência de outras circunstâncias igualmente relevantes e legítimas para a determinação do real valor da coisa, como a existência de benfeitorias, o estado de conservação e os interesses pessoais do vendedor e do comprador no ajuste do preço.

4. O ITBI comporta apenas duas modalidades de lançamento originário: por declaração, se a norma local exigir prévio exame das informações do contribuinte pela Administração para a constituição do crédito tributário, ou por homologação, se a legislação municipal disciplinar que caberá ao contribuinte apurar o valor do imposto e efetuar o seu pagamento antecipado sem prévio exame do ente tributante.

5. Os lançamentos por declaração ou por homologação se justificam pelas várias circunstâncias que podem interferir no específico valor de mercado de cada imóvel transacionado, circunstâncias cujo conhecimento integral somente os negociantes têm ou deveriam

ter para melhor avaliar o real valor do bem quando da realização do negócio, sendo essa a principal razão da impossibilidade prática da realização do lançamento originário de ofício, ainda que autorizado pelo legislador local, pois o fisco não tem como possuir, previamente, o conhecimento de todas as variáveis determinantes para a composição do valor do imóvel transmitido.

6. Em face do princípio da boa-fé objetiva, o valor da transação declarado pelo contribuinte presume-se condizente com o valor médio de mercado do bem imóvel transacionado, presunção que somente pode ser afastada pelo fisco se esse valor se mostrar, de pronto, incompatível com a realidade, estando, nessa hipótese, justificada a instauração do procedimento próprio para o arbitramento da base de cálculo, em que deve ser assegurado ao contribuinte o contraditório necessário para apresentação das peculiaridades que ampararam o quantum informado (art. 148 do CTN).

7. A prévia adoção de um valor de referência pela Administração configura indevido lançamento de ofício do ITBI por mera estimativa e subverte o procedimento instituído no art. 148 do CTN, pois representa arbitramento da base de cálculo sem prévio juízo quanto à fidedignidade da declaração do sujeito passivo.

8. Para o fim preconizado no art. 1.039 do CPC/2015, firmam-se as seguintes teses: a) a base de cálculo do ITBI é o valor do imóvel transmitido em condições normais de mercado, não estando vinculada à base de cálculo do IPTU, que nem sequer pode ser utilizada como piso de tributação; b) o valor da transação declarado pelo contribuinte goza da presunção de que é condizente com o valor de mercado, que somente pode ser afastada pelo fisco mediante a regular instauração de processo administrativo próprio (art. 148 do CTN); c) o Município não pode arbitrar previamente a base de cálculo do ITBI com respaldo em valor de referência por ele estabelecido unilateralmente.

9. Recurso especial parcialmente provido.

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, dar parcial provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, e indeferir o pedido de reconsideração, formulado às fls. 448/454, da decisão que não admitiu o ingresso de ABRAINC, SINDUSCON-SP e SECOVI-SP como amicus curiae. Os Srs. Ministros Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Og Fernandes.

Brasília (DF), 24 de fevereiro de 2022 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 3.3.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Munícipio de São Paulo*, amparado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas, assim ementado (e-STJ fl. 32):

> Ementa: *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. ITBI. Base de cálculo* - Deve ser calculado sobre o valor do negócio jurídico realizado ou sobre o valor venal do imóvel para fins de IPTU, aquele que for maior, afastando o "valor de referência" - Ilegalidade da apuração do valor venal previsto em desacordo com o CTN - Ofensa ao princípio da legalidade tributária, artigo 150, inciso I da CF. Precedentes *IRDR provido para fixar a tese jurídica da base de cálculo do ITBI, devendo corresponder ao valor venal do imóvel ou ao valor da transação, prevalecendo o que for maior*.

O recorrente, apontando divergência jurisprudencial e violação dos arts. 38 e 148 da Lei n. 5.172/1966 (Código Tributário Nacional – CTN), sustenta que: (i) a base de cálculo do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) não está vinculada à do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), pois, enquanto o valor venal para fins de determinação do cálculo do ITBI deve refletir o valor real de mercado, o valor venal utilizado no lançamento do IPTU é "atribuído por estimativa"; (ii) a Administração, com base em levantamento de valores de mercado dos imóveis, pode, desde logo, desconsiderar o valor da

transação declarado, porquanto supostamente "não digno de fé", e arbitrar a base de cálculo do ITBI, cabendo ao contribuinte impugnar tal fixação mediante apresentação de prova em contrário.

É o que se retira das seguintes razões recursais, *in verbis* (e-STJ fls. 136/141):

> É evidente que a interpretação adequada do artigo 38 do Código Tributário Nacional, apesar de o texto se utilizar da expressão valor venal para delinear a base de cálculo, assim como o artigo 33 faz para o IPTU, não é a de que se exige identidade entre o valor venal para fins de IPTU e para fins de ITBI. Isso porque o valor venal para fins de ITBI deve refletir o valor real de mercado pelo qual se deu a transação imobiliária.
>
> Na mesma toada, é possível à administração, que realize levantamento de valores de mercado dos imóveis, presumindo-se, salvo prova em contrário, mediante devida impugnação, que a transação se deu por tal montante.
>
> Tal raciocínio encontra abrigo no artigo 148 do CTN, afinal se o contribuinte em sede de autolançamento atribui à transação um valor que não é digno de fé deve o fisco arbitrá-lo.
>
> O fato de, ao arbitrar o valor devido, a administração se utilizar de critérios previamente conhecidos, ainda que trazidos por ato infralegal, não impede, aos olhos do citado dispositivo de lei complementar, que se considere válido tal proceder.
>
> *Ora, se o agente fiscal, ao arbitrar um valor de mercado pode se utilizar até mesmo de pesquisas em sites de venda, porque não poderia se valer de estudos prévios de valor de mercado elaborados pela administração?*
>
> Pensar em sentido contrário nos levaria ao cúmulo do contrasenso, afinal, imaginem Excelências, se o critério utilizado para o arbitramento nos termos do artigo 148 tivesse de estar detalhado em lei como faria o Auditor de Fronteira para arbitrar o preço de uma novidade tecnológica lançada há dias pela qual o viajante declara ter pago centavos ao ingressar no país?
>
> Com efeito, *a previsão de critérios objetivos de arbitramento ou de valores de mercado em ato infra legal é conduta que observa o disposto no artigo 38 do Código Tributário Nacional, que estabelece a base de cálculo do imposto como o valor venal dos bens ou direitos onerosamente transmitidos*.
>
> Portanto, esse é o valor venal: *perceba-se, a base de cálculo do ITBI não é o valor da operação nem o valor arbitrado para o IPTU, que pode representar valor diverso*, conforme já decidido por esse C. Superior Tribunal de Justiça:
>
> [...]
>
> De fato, embora a base de cálculo do IPTU e a base de cálculo do ITBI sejam a mesma, isto é, o valor venal do imóvel, não se pode perder de vista que, ao

contrário do decidido no v. acórdão recorrido, cada qual possui um regime jurídico próprio.

Assim é que somente o ITBI é sujeito ao autolançamento, ficando sujeito ao lançamento por homologação ou de ofício, enquanto que o lançamento do IPTU é efetuado, desde o início, de ofício pelo FISCO.

Afigura-se inviável, por óbvio, ao FISCO, efetuar uma perícia para cada imóvel da cidade. Então, para o IPTU, o valor é atribuído *por estimativa*. Em regra, quase que absoluta, a estimativa fica abaixo do verdadeiro valor venal. Isso se dá até por um princípio de justiça: estima-se para baixo, não para cima. Esse valor atribuído por estimativa deveria ser o valor venal.

Se o contribuinte impugna a estimativa, e a legislação municipal estabelece um prazo para que ele o faça, efetua-se regular avaliação e apura-se se o valor estimado é ou não o correto, ou seja, corresponde ou não ao valor de mercado.

Em relação ao ITBI, diferente do que ocorre com o IPTU, há autolançamento do tributo pelo contribuinte tanto que caso constatado que a base de cálculo utilizada não corresponda ao efetivo valor de mercado por ocasião da transação, o FISCO deve proceder ao lançamento complementar de ofício.

Como se vê, valor venal é sinônimo de "valor de mercado", é o valor que o bem possui no mercado, se posto à venda, em condições normais.

[...]

E, em assim sendo, a Administração disponibiliza ao contribuinte, desde logo, com base em elementos objetivos e concretos existentes em seus cadastros acerca de pesquisas no local, levando em consideração imóveis com as mesmas características do imóvel em discussão, qual o valor venal corretamente estimado no momento, isto tudo respeitado o devido processo legal, mediante possibilidade de avaliação especial, caso discorde o interessado do referido valor apontado, tudo como previsto na citada legislação em comento.

Como se vê, a correta compreensão do regime jurídico do ITBI deixa claro que a sistemática eleita não violou o princípio da legalidade, não criou nova base de cálculo para o tributo, não transformou o autolançamento em lançamento de ofício, simplesmente possibilitou ao contribuinte requerer, em seu benefício, a prévia avaliação do imóvel.

A lei determina que a base de cálculo é o valor venal. A apuração dá-se pela avaliação de engenharia. A lei não indica, à exaustão, os critérios a serem adotados pelos engenheiros e fiscais para a apuração desse valor. Nem pode: por óbvio, a apuração do valor venal depende de várias circunstâncias, localização do bem, existência de imóveis paradigmas para comparação, existência ou não de serviços públicos no local, etc.

Cumpre notar, que o banco de dados da Administração Municipal conta com mais de 300 mil amostras, com a coleta de informações junto a mais de 100 Imobiliárias,

> *sendo a apuração do valor, consolidada em normas técnicas (ABNT, IBAPE/SP, Comissão de Peritos Judiciais) e se opera com extremo conservadorismo, ou seja, de plano, aplica-se um abatimento da ordem de 10%, sendo certo, ainda, que os levantamentos são acompanhados pela CMVI.*
>
> A bem da verdade, essa sistemática evita que o contribuinte inadvertidamente recolha, como vinha ocorrendo na imensa maioria dos casos, não o valor venal, mas simplesmente o valor tido como mínimo legal (que era o valor venal adotado para fins de IPTU) ou mesmo o valor da operação, tornando, assim, remota a hipótese de vir a ser surpreendido com o lançamento complementar de ofício, com os acréscimos decorrentes em razão de eventual insuficiência do primeiro recolhimento quando do exame do FISCO para fins de homologação do auto lançamento levado a efeito.
>
> *Registre-se que esse novo procedimento não altera a natureza do lançamento, pois o tributo continua sendo recolhido antecipadamente pelo contribuinte, ficando sujeito à posterior homologação pelo Fisco. Ou seja, tal regulamentação apenas indica ao contribuinte um procedimento para se apurar o valor venal do bem a fim de calcular o ITBI.*
>
> Enfim, não se altera ou majora a base de cálculo que continua sendo o valor venal do bem, previamente estimado com vistas a tornar mais eficiente e benéfico o procedimento para ambas as partes. (Grifos acrescidos).

Depois de apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 160/171), o Tribunal de origem inadmitiu o apelo raro, o que motivou o manejo do correspondente agravo pela municipalidade (e-STJ fls. 176/188).

Já nesta Corte Superior, num primeiro momento, a Presidência decidiu conhecer do agravo para não conhecer do recurso especial (e-STJ fls. 197/198).

Na sequência, a Presidência acolheu embargos de declaração para tornar sem efeito a decisão impugnada, determinando a distribuição dos autos (e-STJ fls. 210/211).

Como relator, determinei a conversão do agravo em recurso especial (e-STJ fls. 225/226).

A Primeira Seção, em sessão virtual findada em 05/10/2021, decidiu por afetar o julgamento desse recurso especial à sistemática dos repetitivos, em conformidade com os arts. 987 do CPC/2015, c/c o art. 256-H do RISTJ, para "definir: a) se a base de cálculo do ITBI está vinculada à do IPTU; b) se é legítima a adoção de valor venal de referência previamente fixado pelo fisco municipal como parâmetro para a fixação da base de cálculo do ITBI".

O digno representante do Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso para a "fixação da tese favorável à dissociação entre o

valor venal do imóvel para fins de cálculo do ITBI e do IPTU, bem como pela ilegitimidade da adoção do valor venal de referência previamente fixado pelo fisco como parâmetro".

Por meio de decisão proferida em 15/02/2022, indeferi o pedido da Associação Brasileira de Advocacia Tributária - ABAT para ingressar no feito como *amicus curiae* (e-STJ fls. 293/294).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria (Relator): Cuidam os autos de incidente de resolução de demandas repetitivas suscitado pela empresa recorrida, *Fortress Negócios Imobiliários Ltda.*, originário da Apelação Cível n. 1008270-75.2016.8.26.0053.

Na decisão em que admitiu o incidente, em 23/04/2018, o órgão julgador, Turma Especial de Direito Público do TJ/SP, assumiu o julgamento da causa, determinando a suspensão do andamento da apelação (e-STJ fls. 58/52).

Essa determinação de suspensão, todavia, não foi observada, tendo a 14ª Câmara de Direito Público do TJ/SP realizado o julgamento da apelação em 28/06/2018, aliás, antes mesmo de o 7º Grupo de Direito Público do TJ/SP ter resolvido o IRDR (23/05/2019). Esse acórdão da apelação ensejou a interposição de recurso especial, já decidido por esta Corte Superior nos autos do AREsp 1.493.616/SP, com trânsito em julgado em 28/02/2020.

Nada obstante o prosseguimento do processo piloto, o IRDR veio a ser julgado, estando assim grafada a tese jurídica na conclusão do acórdão recorrido: "*Fixaram a tese jurídica da base de cálculo do ITBI, devendo ser calculado sobre o valor do negócio jurídico realizado e, se adquirido em hastas públicas, sobre o valor da arrematação ou sobre o valor venal do imóvel para fins de IPTU, aquele que for maior, afastando o valor de referência*".

Essa conclusão foi assim fundamentada pela Corte *a quo* (e-STJ fls. 117/122):

> O caso *sub judice* visa discutir e determinar a correta base de cálculo a ser utilizada pelos Municípios do Estado de São Paulo, quando do lançamento tributário do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI).

Em relação à base de cálculo do ITBI, cumpre observar que é ilegal a instituição de um valor venal distinto daquele utilizado para o IPTU, uma vez que implica em afronta ao princípio da segurança jurídica.

É que valor venal "É o valor de venda, ou o valor mercantil, isto é, o preço por que as coisas foram, são ou possam ser vendidas" (De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, 27ª ed., p. 1.461, Rio de Janeiro, Forense, 2008).

Nesse sentido, não obstante o IPTU e o ITBI possuam regimes jurídicos próprios, tendo ambos a mesma base de cálculo definida em lei complementar (arts. 33 e 38 do CTN), não pode o legislador ordinário diferenciar a expressão monetária do valor venal conforme se refira à propriedade ou à transmissão do bem ou do direito.

Assim, configura afronta ao princípio da segurança jurídica (art. 5º, *caput*, da CF) e ao da legalidade estrita (arts. 37, *caput* e 150, I, da CF), caso, no mesmo exercício, a Prefeitura Municipal adote um valor venal para o cálculo do IPTU e outro, valor venal, mais elevado, para o cálculo do ITBI.

Ademais, caso a Administração Pública pretenda majorar o valor venal dos imóveis, inclusive para corrigir eventual defasagem, deve proceder à revisão da planta genérica de valores, sendo que o valor alcançado deve valer para todo o exercício fiscal.

Nesse sentido leciona Hugo de Brito Machado: "*A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos* (CTN, artigo 38)".

Não é o preço de venda, mas o valor venal. A diferença entre preço e valor é relevante. O preço é fixado pelas partes, que em princípio são livres para contratar. O valor dos bens é determinado pelas condições do mercado. Em princípio, pela lei da oferta e da procura" ('Curso de Direito Tributário', 7ª ed., Malheiros, 1993, na pág. 291).

E, ainda, para Kiyoshi Harada: "*O valor venal de imóvel urbano é aquele encontrado segundo a legislação pertinente ao imposto predial e territorial urbano e é revisto ou atualizado anualmente*".

"De fato, a legislação do IPTU dispõe de critério objetivo para apuração do valor venal, bem como de mecanismo para manter atualizado esse valor apurado em 1º de janeiro de cada exercício. Nada justifica apuração de outro valor venal para o mesmo imóvel, só para o efeito de ITBI. A própria legislação estadual para cobrança do imposto sobre transmissão causa mortis determina a utilização da base de cálculo do IPTU ou do ITR, conforme se trate, respectivamente, de imóvel urbano ou rural, ressalvado aos interessados o direito de requererem avaliação judicial (art. 15 da Lei n. 9.591, de 30-12- 66)." (in "Direito Tributário Municipal", segunda edição, São Paulo, Editora Atlas, páginas 94 e 96).

A respeito do tema escreveu Aires Fernandino Barreto:

"*A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos ou cedidos. O valor venal é necessariamente o valor do negócio realizado. A Constituição e o Código Tributário Nacional não exigem que o valor venal coincida com o valor da efetiva transação imobiliária, onde até os fatores subjetivos poderiam interferir na sua fixação. "..." Não se olvide que valor venal é o preço provável que o imóvel alcançará para compra e venda à vista, diante de mercado estável e quando comprador e vendedor têm plena consciência do potencial de uso e ocupação que ao imóvel pode ser dado. Não se esqueça que o valor venal é mensuração extremamente difícil, porque influenciada por uma série de fatores internos e externos, de natureza subjetiva, o que impede seja transformada em número inconteste. Muito cuidado deve ter o aplicador da lei para que não extrapassar o valor dos imóveis*" (in "Curso de Direito Tributário Municipal", Editora Saraiva, 2009, páginas 294 e 295).

Sobre o princípio da legalidade tributária, vale ainda destacar as lições de Luis Eduardo Schoueri:

(...) não se contenta o legislador complementar em exigir que o tributo seja genericamente previsto na lei; tampouco lhe basta a definição da hipótese tributária na lei; também o consequente normativo, isto é o an *e o* quantum debeatur, *representados pela definição do sujeito passivo, da base de cálculo e da alíquota, todos devem ser previstos na própria lei ('Direito Tributário'. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 280)*.

Aliás, já decidiu este Tribunal, especificamente sobre o valor venal para a cobrança do ITBI instituído no Município de São Paulo pelo Decreto n. 46.228/05 e, posteriormente, pela Lei n. 14.256/06, *verbis*:

Apelação. ITBI. Existência de dois valores venais para um mesmo imóvel, um para cálculo do valor de IPTU, outro para o ITBI. Decreto Municipal 46.228/05 e Lei Municipal 14.256/06. Ilegalidade. Recursos não providos (TJSP 18ª Câmara de Direito Público Apelação com revisão n. 806.295.5/8-00 rel. Des. Jair Martins j. 28.11.08).

No mesmo sentido: TJSP 18ª Câmara de Direito Público Ap. n. 798.358.5/7-000 rel. Des. Beatriz Braga j. 28.1.09; TJSP 15ª Câmara de Direito Público 570.214.5/8-00 rel. Des. Eutálio Porto j. 29.1.09.

Nesse sentido, é a Jurisprudência:

Apelação cível *Mandado de Segurança Preventivo ITBI Preliminares de falta de interesse de agir e inadequação da via eleita afastadas* Existência de dois valores venais para o mesmo imóvel, diante da edição da Lei Municipal n. 14.256/06 Impossibilidade Precedentes A base de cálculo do ITBI encontra-se definida sobre dois parâmetros: ou é o valor venal do qual o contribuinte já tem prévio conhecimento e é definido pela Fazenda Pública, ou então é o valor indicado no instrumento de venda e compra, sendo defeso ao Município surpreender o contribuinte com outro valor que não reflita nenhuma destas realidades Impossibilidade de arbitramento de outro valor por outro parâmetro Sentença

mantida Recursos oficial e voluntário da Municipalidade não providos, nos termos do acórdão." (*TJSP. 14ª Câmara de Direito Público. Apelação n. 1000337-22.2014.8.26.0053; rel. Des. Silvana M. Mollo; j. 05/02/2015*).

Apelação *Base de cálculo de ITBI Artigo 35 do CTN dispõe que é o valor venal do bem imóvel* - Utilização, para fins de tributação, do valor venal utilizado para a cobrança do IPTU ou valor do negócio traduzido no instrumento de transmissão, o que for maior Precedentes *Recurso procedente*." (*TJSP. 14ª Câmara de Direito Público. Apelação / Reexame Necessário n. 1001992-29.2014.8.26.0053; rel. Des. Mônica Serrano; j. 11/12/2014*).

A propósito, o Órgão Especial, no julgamento a Arguição de Inconstitucionalidade n. 0056693-19.2014.8.26.0000, reconheceu a inconstitucionalidade dos artigos 7º-A, 7º-B e 12, da Lei n. 11.154/91, do Município de São Paulo, acrescido pela Lei municipal n. 14.256/2006, permanecendo a validade do artigo 7º, conforme ementa vazada nos seguintes termos:

"*Incidente de inconstitucionalidade* - Artigo 7º da Lei n. 11.154, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelas Leis n. 14.125, de 29 de dezembro de 2005, e 14.256, de 29 de dezembro de 2006, todas do Município de São Paulo, que estabelece o valor pelo qual o bem ou direito é negociado à vista, em condições normais de mercado, como a base de cálculo do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) - Acórdão que, a despeito de não manifestar de forma expressa, implicitamente também questionou as disposições dos artigos 7º-A, 7º-B e 12 da mesma legislação municipal Valor venal atribuído ao imóvel para apuração do ITBI que não se confunde necessariamente com aquele utilizado para lançamento do IPTU - Precedentes do STJ Previsão contida no aludido artigo 7º que, nessa linha, não representa afronta ao princípio da legalidade, haja vista que, como regra, a apuração do imposto deve ser feita com base no valor do negócio jurídico realizado, tendo em consideração as declarações prestadas pelo próprio contribuinte, o que, em princípio, espelharia o "real valor de mercado do imóvel" - "Valor venal de referência", todavia, que deve servir ao Município apenas como parâmetro de verificação da compatibilidade do preço declarado de venda, não podendo se prestar para a prévia fixação da base de cálculo do ITBI Impossibilidade, outrossim, de se impor ao sujeito passivo do imposto, desde logo, a adoção da tabela realizada pelo Município - Imposto municipal em causa que está sujeito ao lançamento por homologação, cabendo ao próprio contribuinte antecipar o recolhimento Arbitramento administrativo que é providência excepcional, da qual o Município somente pode lançar mão na hipótese de ser constatada a incorreção ou falsidade na documentação comprobatória do negócio jurídico tributável - Providência que, de toda sorte, depende sempre da prévia instauração do pertinente procedimento administrativo, na forma do artigo 148 do Código Tributário Nacional, sob pena de restar caracterizado o lançamento de ofício da exação, ao qual o ITBI não se submete Artigos 7º-A e 7º-B que, nesse passo, subvertem o procedimento estabelecido na legislação

> complementar tributária, em afronta ao princípio da legalidade estrita, inserido no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal - Inadmissibilidade, ainda, de se exigir o recolhimento antecipado do tributo, nos moldes estabelecidos no artigo 12 da Lei Municipal n. 11.154/91, por representar violação ao preceito do artigo 156, inciso II, da Constituição Federal - Registro imobiliário que é constitutivo da propriedade, não tendo efeito meramente regularizador e publicitário, razão pela qual deve ser tomado como fato gerador do ITBI Regime constitucional da substituição tributária, previsto no artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, que nem tem lugar na espécie, haja vista que não se cuida de norma que autoriza a antecipação da exigibilidade do imposto de forma irrestrita – Arguição acolhida para o fim de pronunciar a inconstitucionalidade dos artigos 7º-A, 7º-B e 12, da Lei n. 11.154/91, do Município de São Paulo." (g.n.) (*Des. Rel. Paulo Dimas Mascaretti, Órgão Especial, Data do julgamento: 25/03/2015*).
>
> Por essas razões, a base de cálculo do ITBI deve corresponder ao valor venal do bem imóvel transferido e, caso este valor seja inferior ao da negociação, deve prevalecer este último.
>
> *Ocorrendo isto, pelo meu voto, no julgamento do incidente,* ***fixo a tese jurídica da base de cálculo do ITBI, devendo corresponder ao valor venal do imóvel ou ao valor da transação, prevalecendo o que for maior***.
>
> Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de pré-questionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.
>
> E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS-18.205/SP, Ministro Felix Fischer, DJ-08.05.2006 p. 240). (Grifos no original).

Feito esse breve histórico processual, passo ao exame do recurso especial propriamente dito.

Admissibilidade

Preliminarmente, reitero as razões expostas no juízo de afetação quanto ao preenchimento dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial repetitivo referentes ao prequestionamento das teses e dos dispositivos de lei federal suscitados (arts. 38 e 148 do CTN) e da necessária multiplicidade de feitos de mesmo objeto.

Isso porque as questões jurídicas que serão equacionadas pelo Superior Tribunal de Justiça referem-se à possibilidade de a base de cálculo do Imposto

sobre Transmissão de Bens Imóveis - ITBI corresponder ao valor venal do imóvel utilizado para a aferição do Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana - IPTU e à inviabilidade de adoção de valor de referência fixado previamente pela Fazenda municipal como parâmetro para o cálculo do ITBI.

Considerando que o acórdão recorrido decidiu pela impossibilidade de utilização de base de cálculo para o ITBI diferente daquela utilizada para o IPTU, verifica-se o prequestionamento expresso da tese relativa à vinculação da base de cálculo desses tributos (art. 38 do CTN) e, por prejudicialidade, o prequestionamento implícito da tese referente à possibilidade de o fisco utilizar de prévio valor de referência para o arbitramento da base de cálculo (art. 148 do CTN), tanto o é que, na definição da tese registrada na parte dispositiva do acórdão, está expressamente afastada a possibilidade de adoção desse valor de referência.

Quanto à multiplicidade de demandas que envolvem a controvérsia, ressalto que o fato de o recurso especial se originar de acórdão proferido em incidente de demandas repetitivas evidencia o volume expressivo de feitos de igual teor, sendo certo, ainda, que o art. 987, § 2º, do CPC/2015 determina que a tese firmada no julgamento do recurso especial manejado contra acórdão de IRDR "será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito".

Merece maior atenção, entretanto, a análise do pressuposto constitucional contido no art. 105, inciso III, da Carta Política, relativo à existência de causa decidida em única ou última instância.

Conforme dito acima, o TJ/SP cindiu o julgamento do processo, vindo a proferir um acórdão no IRDR, para firmar a tese, e outro na apelação, para decidir o caso concreto, em desatenção à regra contida no parágrafo único do art. 978 do CPC/2015: "O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente."

Assim, julgada a causa pelo Tribunal de origem, com exaurimento de instância, preenchido está tal requisito constitucional, sendo desinfluente o fato de órgãos diversos de um mesmo tribunal terem examinado em momentos diferentes a tese jurídica e o caso concreto.

Cumpre ressaltar que o novo Código de Processo Civil prestigia de tal modo a uniformização da jurisprudência, sua estabilidade, integridade e coerência (art. 926, *caput*), especialmente por meio de precedentes obrigatórios,

que permite o julgamento do mérito do IRDR mesmo nos casos de "desistência ou abandono do processo" originário (art. 976, § 1º).

Nesse panorama, eventual equívoco procedimental cometido pela Corte estadual não pode prejudicar o interesse de parte, no caso, da Fazenda Pública municipal, de rever a tese jurídica firmada no julgamento do IRDR, que, como cediço, orienta, com caráter vinculativo, o julgamento de feitos idênticos.

Acrescento, por oportuno, que a situação dos autos é distinta daquela tratada no julgamento do ProAfR no Recurso Especial n. 1.881.272/RS, publicado no DJe de 26/11/2021, em que fiquei como relator para o acórdão. Nessa ocasião, verificou-se que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu tese jurídica sob o rito do IRDR sem que tivesse havido qualquer julgamento acerca do caso concreto, o qual nem sequer era de sua competência, por se tratar de matéria afeta aos Juizados Especiais Federais. Já na hipótese ora em exame, houve enfrentamento do caso concreto pela Corte de origem, não obstante tenha ocorrido em separado, o que demonstra a diferença entre os dois cenários.

Satisfeitos, portanto, todos os requisitos processuais de admissibilidade, conheço do recurso especial, passando, doravante, ao exame de seu mérito.

Mérito

Conforme relatado, por ocasião do juízo de afetação desse recurso especial à sistemática dos repetitivos, a Primeira Seção assim identificou as questões de direito a serem dirimidas: "Definir: a) *se a base de cálculo do ITBI está vinculada à do IPTU*; b) *se é legítima a adoção de valor venal de referência previamente fixado pelo fisco municipal como parâmetro para a fixação da base de cálculo do ITBI*."

A solução desses dois pontos controvertidos passa, necessariamente, pelo estudo acerca da modalidade de lançamento desse imposto, o qual tem início com a análise de seu fato gerador, previsto no art. 35 do CTN:

> Art. 35 do CTN: O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:
>
> I – *a transmissão*, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;
>
> II – *a transmissão*, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;
>
> III – *a cessão de direitos* relativos às transmissões referidas nos incisos I e II

> Parágrafo único. Nas transmissões *causa mortis*, ocorrem tantos fatos geradores distintos quanto sejam os herdeiros quanto ou legatários.
>
> [...] (Grifos acrescidos).

Quanto à base de cálculo do ITBI, o art. 38 do CTN dispõe que ela é "*o valor venal* dos bens ou direitos transmitidos" (Grifos acrescidos).

Como visto, o art. 35 do CTN é claro ao identificar o fato gerador como sendo a *transmissão* da propriedade ou de direitos reais imobiliários ou a *cessão de direitos* relativos a tais transmissões.

Em sendo a transmissão ou a cessão realizada entre vivos, caso do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), temos que o fato gerador do imposto decorre de um *negócio jurídico*, porque nasce de um acordo de vontades entre o alienante e o adquirente.

No que tange à base de cálculo, a expressão "valor venal" contida no art. 38 do CTN deve ser entendida como o valor considerado em condições normais de mercado para as transmissões imobiliárias.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

> ITBI. Base de cálculo. Valor de mercado. Violação aos arts. 535, II, e 458, II, do CPC. Inocorrência. Prequestionamento do art. 146 do CTN. Inocorrência. Reexame de processo administrativo fiscal. Inadmissibilidade. Súmula 7/STJ.
>
> I - Compulsando os autos, observo que todos os pontos alavancados pela ora agravante nos embargos declaratórios perante o tribunal a quo foram devidamente analisados pelo v. acórdão.
>
> II - A suposta violação ao art. 146 do CTN não foi devidamente prequestionada. O efeito devolutivo integral do reexame necessário não tem o condão de prequestionar toda a matéria, conforme aduz a agravante. Ademais, o Município foi sucumbente apenas no tocante à inconstitucionalidade das alíquotas progressivas. No ponto, completamente descabida a argumentação da agravante. Esta, em suas razões de apelação, ao não apresentar a referida matéria ao Tribunal *a quo*, impossibilitou sua apreciação. Na via do apelo especial, não se pode apreciar matéria não debatida pelo tribunal a quo, sob pena de se incorrer em supressão de instância.
>
> III - *É cediço na doutrina majoritária e na jurisprudência dessa Corte que a base de cálculo do ITBI é o valor real da venda do imóvel ou de mercado*, sendo que até nos casos em que não houve recolhimento, pode-se arbitrar o valor do imposto, por meio de procedimento administrativo fiscal, com posterior lançamento de ofício. Segundo HUGO DE BRITO MACHADO: em se tratando de imposto que incide sobre a transmissão por ato oneroso, tem-se como ponto de partida para

a determinação de sua base de cálculo na hipótese mais geral, que é a compra e venda, o preço. Este funciona no caso, como uma declaração de valor feita pelo contribuinte, que pode ser aceita, ou não, pelo fisco, aplicando-se, na hipótese de divergência, a disposição do art. 148 do CTN. ("CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO", Machado, Hugo de Brito, Ed. Malheiros, 29ª Edição, p. 398)

IV - Conforme consignado no v. acórdão, houve a devida intimação da complementação do lançamento, fato que a agravante alega não ter ocorrido. Entretanto, a análise da alegada irregularidade do procedimento administrativo fiscal demanda reexame de provas, o que é inadmissível pela via eleita do especial, a teor da Súmula 07/STJ.

V - Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.057.493/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 04/09/2008) (Grifos acrescidos).

Administrativo e Tributário. Recurso em mandado de segurança. Provimento n. 05/2002 da Corregedoria-Geral de Justiça da Paraíba. Ausência de atribuições para interferir na fixação da base de cálculo do ITBI. Ilegalidade.

(...)

2. *O "valor venal", base de cálculo do ITBI, é o valor de mercado do imóvel transacionado, que pode, ou não, coincidir com o valor real da operação*.

(...)

(RMS 36.966/PB, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 27/11/2012, DJe 06/12/2012)

Processual Civil e Tributário. ITBI. Base de cálculo. Apuração por arbitramento Ausência dos requisitos autorizativos da medida. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Súmula 7/STJ.

1. *O preço efetivamente pago pelo adquirente do imóvel tende a refletir, com grande proximidade, seu valor venal, considerado como o valor de uma venda regular, em condições normais de mercado*.

Todavia, se o valor apresentado pelo contribuinte no lançamento do ITBI (por declaração ou por homologação) não merece fé, o Fisco igualmente pode questioná-lo e arbitrá-lo, no curso de regular procedimento administrativo, na forma do art. 148 do CTN.

Precedentes.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 847.280/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 10/03/2016, DJe 17/03/2016) (Grifos acrescidos).

Importa ressaltar que, embora seja possível dimensionar o valor médio dos imóveis no mercado, segundo critérios, por exemplo, de localização e tamanho (metragem), a avaliação de mercado específica de cada imóvel transacionado pode sofrer oscilações para cima ou para baixo desse valor médio, a depender, por exemplo, da existência de outras circunstâncias igualmente relevantes e legítimas para a determinação do real valor da coisa, como a existência de benfeitorias, o estado de conservação os interesses pessoais do vendedor (necessidade da venda para despesas urgentes, mudança de investimentos, etc.) e do comprador (escassez do imóvel na região, proximidade com o trabalho e/ou com familiares, etc.) no ajuste do preço.

Especificamente no caso de alienação por hasta pública, salvo hipóteses de preço vil, o valor da arrematação corresponde ao valor de mercado, pois presume-se que esses mesmos fatores foram ponderados pelo arrematante para a realização de seu lance.

Aqui não se está afirmando que o preço de venda necessariamente reflete o valor de mercado, pois eventual alienação por preço nitidamente incompatível com este (valor de mercado), independentemente de sua motivação, não permite a adoção dele (o preço de venda) como parâmetro para definição da base de cálculo.

Dito isso, agora é possível passar para o exame da modalidade de lançamento do ITBI, temática largamente discutida na doutrina e na jurisprudência.

Após cuidadosa reflexão, cheguei à conclusão de que o ITBI, em razão de seu fato gerador, somente comporta duas das modalidades de lançamento originário: por declaração ou por homologação, a depender da legislação municipal de cada ente tributante, sendo inviável ao fisco proceder, de antemão, ao seu lançamento de ofício.

Se a norma local exigir prévio exame das declarações do contribuinte pela Administração para a constituição do crédito tributário, estaremos diante de um lançamento por declaração.

Nessa modalidade de lançamento, em face do princípio da boa-fé objetiva, presume-se que o valor da transação declarado pelo contribuinte está condizente com o valor venal de mercado daquele específico imóvel, presunção que somente pode ser afastada pelo fisco se esse valor se mostrar, de pronto, incompatível com a realidade, a justificar a instauração do procedimento próprio para o arbitramento da base de cálculo, em que assegurado ao contribuinte o contraditório necessário para apresentação das peculiaridades que justificariam o *quantum* informado.

Essa é a inteligência dos arts. 147 e 148 do CTN:

> Art. 147. O lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação.
>
> § 1º A retificação da declaração por iniciativa do próprio declarante, quando vise a reduzir ou a excluir tributo, só é admissível mediante comprovação do erro em que se funde, e antes de notificado o lançamento.
>
> § 2º Os erros contidos na declaração e apuráveis pelo seu exame serão retificados de ofício pela autoridade administrativa a que competir a revisão daquela.
>
> Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

Entretanto, se a legislação municipal disciplinar que caberá ao contribuinte apurar o valor do imposto e efetuar o seu pagamento antecipado sem prévio exame do ente tributante, estaremos diante de um lançamento por homologação. Nessa hipótese, a Administração terá o prazo decadencial de cinco anos para proceder à revisão do pagamento realizado (que também engloba o exame acerca da correção da base de cálculo adotada), sem a qual o lançamento estará tacitamente homologado e, portanto, terá caráter definitivo.

Tanto o lançamento por declaração quanto o (lançamento) por homologação estão justificados pelas inúmeras circunstâncias já referidas que podem interferir no específico valor de mercado de cada imóvel transacionado, circunstâncias cujo conhecimento integral somente os negociantes têm ou deveriam ter para melhor avaliar o real valor do bem quando da realização do negócio.

E aqui reside a principal razão da impossibilidade prática da realização do lançamento originário de ofício, ainda que autorizado pelo legislador local, pois o fisco não tem como possuir, previamente, o conhecimento de todas as variáveis determinantes para a composição do valor do imóvel transmitido, *in concreto*.

Assim, repita-se, não dispondo de todos os elementos fáticos necessários ao juízo de certeza quanto ao valor do imóvel transmitido, não há como a

Administração dispensar a participação do contribuinte no procedimento regular de constituição do crédito para estabelecer, antecipada e unilateralmente, a base de cálculo.

Constata-se, dessa forma, que, dadas as características próprias do fato gerador desse imposto, a sua base de cálculo deverá partir da declaração prestada pelo contribuinte, ressalvada a prerrogativa da administração tributária de revisá-la, antes ou depois do pagamento, a depender da modalidade do lançamento, desde que instaurado o procedimento administrativo próprio, em que deverá apurar todas as peculiaridades do imóvel (benfeitorias, estado de conservação, etc.) e as condições que impactaram no caráter volitivo do negócio jurídico realizado, assegurados os postulados da ampla defesa e do contraditório que possibilitem ao contribuinte justificar o valor declarado.

Feitas essas considerações acerca da sistemática da tributação do ITBI à luz das disposições da Constituição Federal e do Código Tributário Nacional, passo, doravante, a dirimir as questões controvertidas delimitadas para o julgamento desse recurso especial repetitivo, que podem ser identificadas com as seguintes perguntas:

a) A base de cálculo do ITBI está vinculada à do IPTU?

A resposta é negativa.

Não obstante a lei se refira como base de cálculo do IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) e do ITBI o "valor venal", a apuração desse elemento quantitativo difere em relação aos dois impostos, notadamente diante da distinção existente entre os fatos geradores e a modalidade de lançamento de cada um deles.

No IPTU, tributa-se a propriedade, lançando-se de ofício o imposto tendo por base de cálculo a Planta Genérica de Valores aprovada pelo Poder Legislativo local, que considera aspectos mais amplos e objetivos como, por exemplo, a localização e a metragem do imóvel.

Já no ITBI, a base de cálculo deve considerar o valor de mercado do imóvel individualmente considerado, que, como visto, resulta de uma gama maior de fatores, motivo pelo qual o lançamento desse imposto se dá, originalmente e via de regra, por declaração do contribuinte, ressalvado o direito da fiscalização tributária de revisar o *quantum* declarado, por meio de regular instauração de processo administrativo.

Em face disso, tem-se a impossibilidade de vinculação da base de cálculo do ITBI à estipulada para o IPTU, nem mesmo como piso de tributação, pois,

repita-se, o valor adotado para fins de IPTU considera, apenas, os critérios fixados na Planta Genérica de Valores, que "são padrões de avaliação de imóveis em consonância com a metragem e com outros fatores, tais como localização, acabamento e antiguidade, ou seja, consistem em presunções relativas, no contexto da praticabilidade tributária, que auxiliam na fixação da base de cálculo desse imposto" (STF, ARE 1.245.097 RG, relator: Ministro Presidente, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2020, Processo Eletrônico DJe-102 divulg 27-04-2020 public 28-04-2020).

Tais padrões são gerais e, por isso, embora facilitem a arrecadação, desconsideram a realidade de cada operação de transmissão da propriedade imobiliária efetivamente realizada, não refletindo, portanto, o real valor de mercado da coisa.

A propósito, cumpre salientar que a Planta Genérica de Valores é estabelecida por lei em sentido estrito, para fins exclusivos de apuração da base de cálculo do IPTU, não podendo ser utilizada como critério objetivo para estabelecer a base de cálculo de outro tributo, o qual, pelo princípio da estrita legalidade, depende de lei específica.

Conclui-se, assim, pela impossibilidade de vinculação da base de cálculo desses dois impostos.

Essa é inclusive a mansa jurisprudência desta Corte Superior, conforme se verifica dos seguintes julgados:

> Tributário. Execução fiscal. ITBI. Base de cálculo. Valor venal. IPTU. Vinculação. Impossibilidade.
>
> 1. "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, sessão de 09/03/2016).
>
> 2. O entendimento de ambas as Turmas de Direito Público do STJ firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na dissociação entre o valor venal do imóvel para fins de cálculo do ITBI e do IPTU, porquanto a apuração da base de cálculo e a modalidade de lançamento deles são diversas, não havendo, pois, vinculação de seus valores.
>
> 3. Hipótese em que restou consignado, no acórdão recorrido, a real vinculação entre as bases de cálculo do ITBI e do IPTU - em detrimento dos valores arbitrados pela municipalidade, ante a discrepância entre o valor declarado pelo contribuinte e aquele considerado como de mercado pelo ente tributante.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.559.834/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 07/10/2019, DJe 16/10/2019)

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Ofensa ao art. 535 do CPC/1973. Inexistência. ITBI e IPTU. Base de cálculo. Valor venal. Inexistência de vinculação. Acórdão recorrido em sintonia com o entendimento do STJ. Reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Súmula 7/STJ.

1. Constata-se que não se configura a ofensa ao art. 535 do CPC/1973, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado.

2. O Tribunal de origem, ao dirimir a controvérsia, concluiu estar correto o valor venal do imóvel atribuído pelo município para cálculo do ITBI, tendo sido observado o disposto no art. 38 do CTN. Além disso, considerou que a base de cálculo do ITBI pode apresentar valor diverso do apurado para cálculo do IPTU.

3. O acórdão recorrido julgou em consonância com o entendimento do STJ de não haver ilegalidade na diferença entre o valor venal do imóvel para fins de cálculo do ITBI e do IPTU, porquanto a apuração da base de cálculo e a modalidade de lançamento deles são diversas, não havendo, pois, vinculação de seus valores.

4. Ademais, o exame da controvérsia, sob a ótica propugnada pela recorrente, no sentido de que o procedimento adotado pela municipalidade subverteria a sistemática prevista no art. 148 do CTN, requer revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível na via especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

5. Recurso Especial não provido.

(REsp 1.709.052/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/03/2018, DJe 13/11/2018)

b) É legítima a adoção de valor venal de referência previamente estipulado pelo fisco municipal como parâmetro para a fixação da base de cálculo do ITBI?

Essa resposta também é negativa.

De início, cabe refutar a alegação da municipalidade recorrente de que a prévia adoção do valor venal de referência não modifica a modalidade de lançamento do imposto, que, segundo a edilidade, continuaria sendo por homologação.

Consoante dito antes, o lançamento do ITBI se dá por declaração ou por homologação.

No caso, diversamente do afirmado pelo município recorrente, a sua tributação do ITBI não se dá por homologação, visto que não há pagamento

antecipado do imposto sem prévio exame do fisco, mas, ao contrário disso, a Administração impõe ao contribuinte o valor do crédito a ser recolhido.

Em verdade, ao fixar a base de cálculo com lastro em valor de referência previamente estabelecido, o fisco busca, de fato, realizar o lançamento de ofício do imposto, o qual, todavia, está indevidamente amparado em critérios que foram por ele escolhidos unilateralmente e que apenas revelariam um valor médio de mercado, de cunho meramente estimativo, visto que despreza as peculiaridades do imóvel e da transação que foram quantificadas na declaração prestada pelo contribuinte, que, como cediço, presume-se de boa-fé.

Além disso, a adoção desse valor de referência como primeiro parâmetro para a fixação da base de cálculo do ITBI, com a inversão do ônus da prova ao contribuinte para demonstrar o contrário, subverte o procedimento instituído no art. 148 do CTN, pois, a toda evidência, resulta em arbitramento da base de cálculo sem prévio juízo quanto à fidedignidade da declaração do sujeito passivo.

Esse denominado valor venal de referência, ou equivalente, quando muito, poderá justificar a ação fiscal para apurar a veracidade da declaração prestada, mas, em hipótese alguma, pode servir para antecipar tal juízo, porquanto, além de não abranger todas as áleas definidoras do valor de mercado daquele específico imóvel, acaba por subtrair a garantia do contraditório assegurada ao contribuinte, cujo exercício pressupõe a prévia instauração de regular processo administrativo.

Quanto à necessária observância do procedimento de arbitramento da base de cálculo preconizado no art. 148 do CTN, cito os seguintes julgados:

> Tributário. Processual Civil. Ação de repetição de indébito. Agravo em recurso especial. Violação ao art. 1.022 do CPC/2015. Inexistência. ITBI. Ação de restituição de indébito. Lançamento por declaração. Divergência do fisco quanto ao valor venal declarado pelos compradores do imóvel. Posterior lançamento de ofício (substitutivo). Ausência de prévio procedimento administrativo. Art. 148 do CTN. Necessidade de perícia judicial.
>
> 1. Cuida-se de agravo em recurso especial, que ora se traz a julgamento em conjunto com o próprio apelo raro, como permite o art. 1.042, § 5º, do CPC/2015.
>
> 2. Versa a lide sobre pedido de repetição de indébito, em que contribuintes reivindicam do Fisco Distrital a devolução de valor de ITBI alegadamente pago a maior, no âmbito de específica aquisição imobiliária.
>
> 3. Não há ofensa aos arts. 489 e 1.022, II, do CPC/2015, quando o Tribunal de origem dirime, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos.

4. A jurisprudência do STJ já se manifestou no sentido de que, "constituindo o valor venal do bem transmitido a base de cálculo do ITBI, caso a importância declarada pelo contribuinte se mostre nitidamente inferior ao valor de mercado, pode o Fisco arbitrar a base de cálculo do referido imposto, desde que atendida a determinação do art. 148, do CTN" (REsp 261.166/SP, Rel. Ministro *José Delgado*, *Primeira Turma*, julgado em 12/9/2000, DJ 6/11/2000, p. 192).

5. No caso concreto, nada obstante a considerável discrepância entre o valor declarado pelos contribuintes e aquele considerado como de mercado pela entidade tributante (o Fisco arbitrou valor equivalente a quase o dobro do informado pelos compradores do imóvel), a Corte de origem entendeu dispensável a realização de prévio procedimento administrativo fiscal para fins de lançamento do ITBI, afrontando, com isso, ao art. 148 do CTN.

6. Sob pena de supressão de instância, imperioso que os autos retornem ao primeiro grau de jurisdição, a fim de se implementar a avaliação pericial do imóvel objeto da exação, em modo de prova equidistante e imparcial, capaz de subsidiar o julgador na correta apuração do valor venal do bem, enquanto base de cálculo do incidente ITBI (art. 38 do CTN), ensejando o consequente e adequado deslinde da pretensão repetitória posta na exordial.

7. Agravo em recurso especial conhecido para dar parcial provimento ao recurso especial dos contribuintes.

(AREsp 1.452.575/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 14/05/2019, DJe 27/06/2019)

Processual Civil e Tributário. ITBI. Base de cálculo. Apuração por arbitramento Ausência dos requisitos autorizativos da medida. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Súmula 7/STJ.

1. O preço efetivamente pago pelo adquirente do imóvel tende a refletir, com grande proximidade, seu valor venal, considerado como o valor de uma venda regular, em condições normais de mercado. Todavia, se o valor apresentado pelo contribuinte no lançamento do ITBI (por declaração ou por homologação) não merece fé, o Fisco igualmente pode questioná-lo e arbitrá-lo, no curso de regular procedimento administrativo, na forma do art. 148 do CTN. Precedentes.

2. No caso concreto, o Tribunal *a quo* não dissentiu de tais entendimentos, mas apenas concluiu que o impetrante não juntou documentos que infirmassem de plano a presunção de legitimidade do ato administrativo que apurou o ITBI.

3. Portanto, aferir a existência de prova pré-constituída do direito líquido e certo demandaria o reexame dos fatos e provas da causa, vedado segundo os termos da Súmula 7/STJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 847.280/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 10/03/2016, DJe 17/03/2016)

Nesse panorama, verifica-se que base de cálculo do ITBI é o valor venal em condições normais de mercado e, como esse valor não é absoluto, mas relativo, pode sofrer oscilações diante das peculiaridades de cada imóvel, do momento em que realizada a transação e da motivação dos negociantes.

Em consequência, presume-se que o valor de mercado daquele específico imóvel corresponde ao valor da transação informado na declaração do contribuinte, com base no princípio da boa-fé, sendo que, reitera-se, essa presunção pode vir a ser afastada pelo fisco em regular processo administrativo, desde que observado o procedimento disposto no art. 148 do CTN.

Do caso concreto

Conforme já exposto quando do exame da admissibilidade do presente recurso especial representativo da controvérsia, o Tribunal de origem não observou o contido no parágrafo único do art. 978, CPC/2015, julgando o recurso relacionado ao IRDR em processo distinto, de modo que, em caráter excepcional, não há como reanalisar, nestes autos, o caso concreto.

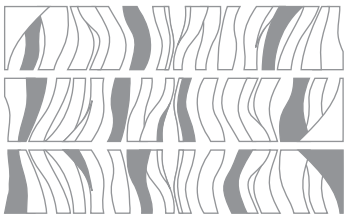
Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso especial para fixar as seguintes teses:

a) a base de cálculo do ITBI é o valor do imóvel transmitido em condições normais de mercado, não estando vinculada à base de cálculo do IPTU, que nem sequer pode ser utilizada como piso de tributação;

b) o valor da transação declarado pelo contribuinte goza da presunção de que é condizente com o valor de mercado, que somente pode ser afastada pelo fisco mediante a regular instauração de processo administrativo próprio (art. 148 do CTN);

c) o Município não pode arbitrar previamente a base de cálculo do ITBI com respaldo em valor de referência por ele estabelecido unilateralmente.

É como voto.



Primeira Turma

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 1.904.780-SP (2021/0160235-3)

Relator: Ministro Gurgel de Faria
Agravante: Município de Itapevi
Procurador: Marcel Tenorio da Costa e outro(s) - SP224008
Agravado: Eurofarma Laboratorios S.A
Advogados: Ronaldo Rayes - SP114521
João Paulo Fogaça de Almeida Fagundes - SP154384
Bruno Henrique Coutinho de Aguiar - SP246396
Ana Cristina Maia Mazzaferro - SP261869
Letícia Marchioni Sequeira - SP411188
Bruna Annunciato de Caria - SP428667

EMENTA

Tributário. Imposto sobre serviços. Lançamento por homologação. Recolhimento em favor de município diverso. Decadência. Regra a ser observada. Art. 173, I, CTN. Aplicação.

1. A obrigação tributária não declarada pelo contribuinte no tempo e modo determinados pela legislação de regência está sujeita ao procedimento de constituição do crédito pelo fisco, por meio do lançamento substitutivo, o qual deve se dar no prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN, quando não houver pagamento antecipado, ou no art. 150, § 4º, do CTN, quando ocorrer o recolhimento de boa-fé, ainda que em valor menor do que aquele que a Administração entende devido, pois, nesse caso, a atividade exercida pelo contribuinte, de apurar, pagar e informar o crédito tributário, está sujeita à verificação pelo ente público, sem a qual ela é tacitamente homologada.

2. Hipótese em que a Corte estadual compreendeu que o recolhimento do tributo a município diverso daquele a quem seria efetivamente devido seria suficiente para a aplicação do regime do art. 150, § 4º, do CTN, independentemente do momento do conhecimento, pelo outro ente federativo, acerca do fato gerador, bem como de qualquer recolhimento do tributo aos seus cofres.

3. *In casu*, revela-se incontroverso que o contribuinte declarou e recolheu o ISS relativo aos serviços prestados por terceiros a outros municípios que não o de *Itapevi* – SP, o qual apenas teve conhecimento dos fatos geradores no momento da fiscalização tributária, o que afasta o regime do art. 150, § 4º, do CTN, impondo-se a reforma do acórdão para que seja aplicada a regra geral da decadência prevista no art. 173, I, CTN.

4. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2021 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 25.2.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de agravo de *Munícípio de Itapevi – SP* que objetiva admissão de recurso especial interposto contra acórdão do TJSP assim ementado:

> *Apelação cível*. Ação Anulatória ISS do exercício de 2010. Município de Itapevi. Insurgência contra sentença que julgou procedente a ação anulatória em razão da decadência do lançamento tributário e condenou o município aos ônus de sucumbência além de honorários advocatícios Tomadora de serviços localizada em Itapevi. Prestadores localizados em São Paulo. Existência de retenção Notas fiscais juntadas aos autos e correspondentes ao período tributário dão conta de que houve a retenção e pagamento do tributo. Tributo sujeito ao lançamento por homologação cujo prazo decadencial deve ser contado a partir do fato gerador Ultimo fato gerador data de 8/12/2010. Lançamento ocorrido 15/12/2015.

> Decadência Ocorrência Entendimento do art. 150, § 4º do CTN Precedentes do STJ e deste Eg. Tribunal de Justiça. Decisão mantida. Recurso do município não provido.

No especial, a parte alega violação dos arts. 150, § 4º, 173, I, do CTN, bem como a ocorrência de divergência jurisprudencial.

Sustenta, em síntese, que a contagem do prazo decadencial deve observar a regra do art. 173, I, do CTN, e não aquela prevista no art. 150, § 4º, ante a ausência de recolhimento do ISS aos cofres do município tributante no período do fato gerador.

Afirma que o recolhimento do ISS feito a outro ente municipal não tem o condão de alterar a forma de contagem do prazo decadencial, uma vez que o município recorrente só teve conhecimento do fato gerador na data da fiscalização.

O recurso especial foi obstaculizado pela aplicação da Súmula 7 do STJ e por não estar corretamente demonstrado o dissídio jurisprudencial, fundamentos impugnados no agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria (Relator): Inicialmente, por entender estarem preenchidos os pressupostos legais para o conhecimento do agravo e do próprio recurso especial, submeto o presente feito diretamente ao Colegiado, conforme faculta o art. 1.042, § 5º, do CPC/2015.

O recurso especial se origina de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária c/c pedido de repetição do indébito de ISS cobrado pela edilidade ao autor em razão de responsabilidade por substituição tributária dos serviços médicos a ele prestados, em que se debate a legitimidade ativa tributária do Município de Itapevi para cobrar ISSQN de serviços prestados por prestadores localizados em outro município, bem como a decadência do crédito tributário em razão do decurso do quinquênio legal.

Pela sentença, a ação foi julgada procedente, em razão do reconhecimento da decadência, consignando-se que o prazo do art. 150, § 4º, do CTN teve início com o recolhimento do tributo aos cofres do município em que domiciliado o prestador do serviço, afastando-se a aplicação da regra do art. 173, I, do CTN:

> Isso porque houve o pagamento antecipado ao Município do prestador do serviço, ao qual a autora entendia ser devido o pagamento, não podendo a mesma ser onerada pela divergência de entendimento entre dois municípios da Federação

O Tribunal bandeirante negou provimento à apelação da edilidade, mantendo o fundamento de que, com o recolhimento comprovado do ISS ao município que a autora entendia como tributante, o prazo do art. 150, § 4º, do CTN teria se iniciado, encerrando-se em momento anterior à lavratura do auto de infração pelo município de Itapevi – SP.

Eis a motivação adotada no acórdão recorrido:

> O § 4º do sobredito artigo 150 do CTN, por sua vez, determina que "Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação."
>
> Assim, para que referido dispositivo legal seja aplicável, é necessário que o contribuinte tenha efetuado o pagamento, isto é, tenha "declarado" que o imposto era devido naquele caso e, procedido ao seu recolhimento, ainda que tenha sido a menor, antes do lançamento e a Municipalidade tem o prazo de cinco anos contados do fato gerador para homologar o crédito de forma tácita ou expressa.
>
> Pois bem, o impetrante comprovou que houve a retenção e recolhimento referente às notas fiscais de fls. 40/127, no exercício de 2010 (período compreendido entre janeiro a dezembro), devendo, desse modo, incidir a regra decadencial insculpida no já mencionado artigo 150 § 4º do CTN, ou seja, o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador.
>
> Os fatos geradores do tributo ocorreram entre janeiro a dezembro de 2010 (esta última datada de 8/12/2010), evidenciado pela emissão das notas fiscais aqui copiadas às fls. 40/127, nas quais a autora é identificada como tomadora dos serviços. Ali consta o nome da autora nessa condição, com as devidas descrições dos serviços prestados.
>
> O fato gerador do ISS se dá na data da prestação de serviços (art. 156, III da Constituição Federal), de modo que as notas fiscais de fls. 40/127 apontam que os serviços foram prestados até o dia 8/12/2010.
>
> Está, pois, demonstrado que quando o lançamento foi efetuado o crédito tributário descrito no auto de infração n. 121/2015, de 15/12/2015, já havia sido fulminado pela decadência.

Pois bem.

Por oportuno, anote-se a tempestividade do agravo em recurso especial, tendo o município recorrente sido intimado da decisão de inadmissão do recurso com sua intimação pessoal, ocorrida por meio eletrônico em 30/11/2020, data da interposição do agravo.

Dito isso, tem-se que, para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a obrigação tributária não declarada pelo contribuinte no tempo e modo determinados pela legislação de regência está sujeita ao procedimento de constituição do crédito pelo fisco, por meio do lançamento substitutivo, o qual se deve dar no prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN, quando não houver pagamento antecipado, ou no art. 150, § 4º, do CTN, quando ocorrer o recolhimento de boa-fé, ainda que em valor menor do que aquele que a Administração entende devido, pois, nesse caso, a atividade exercida pelo contribuinte, de apurar, pagar e informar o crédito tributário, está sujeita à verificação pelo ente público, sem a qual ela é tacitamente homologada.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados: AgInt no AgInt no AREsp 1.229.609/RJ, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24/10/2018; AgInt no REsp 1.097.248/SC, rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 13/05/2019; AgRg no AREsp 132.784/SP, rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 01/04/2016; REsp 1.633.154/SP, rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 05/12/2017.

Vê-se que, pela própria natureza do lançamento por homologação, faz-se necessário que a edilidade tenha conhecimento da ocorrência do fato gerador, seja através da declaração formal promovida pelo contribuinte ou do recolhimento do tributo aos seus cofres.

Na hipótese dos autos, é incontroverso que o contribuinte declarou e recolheu o ISS relativo aos serviços prestados por terceiros a outros municípios que não o município de *Itapevi* – SP, o qual apenas teve conhecimento dos fatos geradores no momento da fiscalização tributária.

Não se está aqui a afirmar a competência deste ou daquele município para a tributação, mas apenas que, para a aplicação da regra do art. 150, § 4º, do CTN ao município de *Itapevi* – SP, no caso concreto, a declaração do contribuinte ou o recolhimento, ainda que parcial, do ISSQN dos fatos geradores tributados deveriam ter sido feitos ao ora recorrente.

In casu, as instâncias ordinárias aplicaram a regra do art. 150, § 4º, do CTN independentemente do momento do conhecimento do município acerca do fato gerador e de qualquer recolhimento do tributo aos seus cofres, sendo insustentáveis as conclusões por elas adotadas.

Ante o exposto, *conheço* do agravo para *dar provimento* ao recurso especial e *determinar* o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* para que seja apreciada a alegação de decadência segundo as regras do art. 173 do CTN, bem como para que aprecie as demais causas de pedir da ação declaratória relativas à competência do município de *Itapevi* – SP para tributar o ISS em discussão.

É como voto.

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 67.723-SC (2021/0323713-6)

Relator: Ministro Sérgio Kukina
Agravante: Andreia Marques Tarachuk
Advogado: Amanda Beatriz Guimaraes Bueno - PR085112
Agravado: Estado de Santa Catarina
Advogado: Ezequiel Pires - SC007526

EMENTA

Processual Civil. Agravo interno em recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Candidata aprovada em primeiro lugar. Concurso ainda vigente. Discricionariedade administrativa. Agravo não provido. Alegação de preterição. Dilação probatória. Inadequação da via mandamental. Agravo não provido.

1. A discricionariedade administrativa para a nomeação de candidatos aprovados em certames públicos conhece limite: o constitucional de vigência dos concursos públicos, nunca superior a quatro anos, contados da data de sua homologação, como decorre,

inexoravelmente, do disposto no art. 37, III, da Carta Republicana. Porém, durante o período de vigência do concurso público, ainda que estendido, deve ser respeitado o legítimo poder discricionário conferido pelo ordenamento pátrio à Administração de avaliar, ao seu exclusivo critério, a melhor oportunidade para nomear candidatos aprovados, ainda que classificados dentro das vagas inicialmente ofertadas no instrumento convocatório.

2. Não prospera a tese autoral de preterição, em razão da inadequação da via eleita. É que a aferição do acerto do argumento demandaria inevitavelmente dilação probatória – vedada na via mandamental – para verificar se, no caso examinado, a apontada designação de pessoal em regime precário seria, ou não, usada como artifício para burlar a nomeação dos candidatos aprovados em concurso público, mormente diante da informação prestada pela Impetrada, dando conta de que as funções são exercidas acumuladamente por servidores efetivos já integrantes do quadro. Ademais, a jurisprudência do STJ tem se orientado no sentido de que mesmo a contratação de temporários (se fosse o caso) não caracteriza, só por si, preterição dos candidatos concursados.

3. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

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

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

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

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 21.3.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Cuida-se de agravo interno interposto por *Andréia Marques Tarachuk* contra a decisão de fls. 338/342, pela qual, em harmonia com consolidada jurisprudência desta Corte Superior, se negou provimento a recurso ordinário interposto contra acórdão unânime do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

A decisão ora impugnada, ancorada em diversos precedentes desta Corte, endossa o entendimento do Tribunal de origem, no sentido de que "*mesmo os classificados dentro do número de vagas oferecidas no certame não têm direito líquido e certo à imediata nomeação durante o período de vigência do certame, salvo se provada a preterição, porquanto, nesse intervalo, cabe ao Poder Público, no exercício de legítimo poder discricionário, avaliar a conveniência e a oportunidade de nomeação*" (fl. 340). Também se afirmou, na mesma decisão, a inadequação da via mandamental "*para aferir se, no caso examinado, a apontada designação de pessoal em regime precário seria, ou não, usada como artifício para burlar a nomeação dos candidatos aprovados em concurso público, mormente diante da informação prestada pela Impetrada, dando conta de que as funções são exercidas acumuladamente por servidores efetivos já integrantes do quadro*" (fl. 341, isto por ser o mandado de segurança absolutamente avesso à dilação probatória.

Nas razões do agravo interno (fls. 347/361), a agravante argumenta no sentido de afastar ambos os fundamentos (discricionariedade da Administração e inadequação da via mandamental), requerendo, por fim, o provimento do agravo, com a consequente reforma da decisão agravada e a posterior concessão da ordem.

Em contrarrazões, fls. 364/369, o Estado de Santa Catarina defende o acerto da decisão combatida pela candidata, inclusive quanto ao argumento de que este STJ, em casos semelhantes, também negou provimento a recursos ordinários fundados nas mesmas teses.

Recurso tempestivo. Representação regular.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Em que pese à irresignação da agravante, não lhe assiste razão.

Quanto à legitimidade do poder discricionário da Administração Pública para definir, ao seu exclusivo critério e dentro do prazo de validade do certame – primeiro fundamento da decisão combatida –, pondera a agravante:

> O eminente relator, ao proferir a decisão denegatória do recurso ordinário em mandado de segurança, asseverou que "homologado o certame aos 19 de outubro de 2018, (fls. 75/76), mas prorrogada sua vigência (...) deve ser respeitado o legítimo poder discricionário da Administração de, durante o período de validade do concurso assim estendido, avaliar a melhor oportunidade para a nomeação".
>
> Entretanto, de se observar que sequer houve efetiva prorrogação do prazo de vigência, conforme permite a Constituição Federal. O que ocorre é o prazo de validade do certame está suspenso, conforme comunicado anexado no mov. 103, de forma que, em razão das reiteradas suspensões (entre 20/03/2020 a 31/12/2020; e entre 13/05/2021 a 31/12/2021), é certo que o prazo de validade ainda por anos se estenderá, protelando injustificadamente o direito líquido e certo da impetrante.
>
> Questiona-se, aqui, se a jurisprudência do Egrégio STJ, no sentido de que o direito líquido e certo à vaga só exsurge após o transcurso total do prazo de validade do certame, mostra-se aplicável ao presente caso concreto. Ora, é compreensível admitir que a Administração Pública tenha discricionariedade quanto ao momento de nomear os servidores aprovados. Mas admitir, ao mesmo, que as *suspensões do prazo de validade do concurso* sejam discricionárias, leva ao inequívoco raciocínio de que a impetrante, devidamente aprovada dentro do número de vagas, fica à mercê de uma liberdade desregrada e arbitrária por parte da Administração Pública. E, como bem se sabe, a discricionariedade não pode, ou ao menos não deve, servir de subterfúgio para legitimar condutas ilegais, abusivas, impessoais e violadoras dos princípios mais caros na seara administrativa (como o acesso aos cargos públicos através de concurso, em que se prefere o mérito às preferências pessoais, forma de garantir o próprio direito fundamental à *igualdade*). (fl. 350)

E, mais adiante, suscita questionamentos, à guisa de conclusão:

> Provoca-se aqui o raciocínio de cunho pragmatista por parte do respeitável Ministro Relator e dos demais julgadores desta Corte Cidadã, sob viés contextualista, consequencialista e antifundacionista. É necessário contextualizar o direito que aqui está em jogo, certamente dotado de particularidades que o diferenciam dos demais casos julgados e citados na decisão denegatória (em nenhum deles consta vigência superior a 4 anos, já em seu total, sendo certo que no caso ora analisado sequer houve a prorrogação). É necessário verificar as consequências da decisão, já que a denegação da segurança significa protelar indefinidamente o direito líquido e certo no tempo, tornando-o em uma

> expectativa que jamais se concretizará (ora, se a Administração Pública optar por suspender o prazo de validade mais e mais vezes sem qualquer justificativa válida, não se pode prever quando esse prazo acabará). É necessário se afastar de critérios abstratos (e, no caso, da tese abstrata já firmada pelo STJ que acima se explicitou), chamando-se atenção para as circunstâncias deste caso concreto.
>
> Até onde vai o legítimo poder discricionário da Administração? Há poder de se escolher o momento da nomeação e, ao mesmo tempo, poder de suspender o prazo de validade do certame indefinidamente? Onde fica o princípio da confiança legítima que devem reger os atos administrativos, a segurança jurídica e o princípio do concurso público? O que há de democrático em um concurso público realizado há mais de 3anos, com previsão expressa de vaga em edital, e no qual se nega o acesso ao cargo por razões *discricionárias*? (fls. 350/351).

Ao que parece, talvez em razão do recorte parcial que fez para transcrição nas razões recursais, não compreendeu a agravante o real fundamento da decisão que pretende combater.

Eis o que efetivamente está posto no decisum hostilizado:

> Segundo a Corte Catarinense, mesmo os classificados dentro do número de vagas oferecidas no certame não têm direito líquido e certo à imediata nomeação durante o período de vigência do certame, salvo se provada a preterição, porquanto, nesse intervalo, cabe ao Poder Público, no exercício de legítimo poder discricionário, avaliar a conveniência e a oportunidade de nomeação.
>
> Quanto a este ponto, a conclusão da Corte Estadual não destoa do entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, como se pode aferir, dentre outros, dos seguintes julgados:
>
> [...]
>
> Assim, homologado o certame aos 19 de outubro de 2018, (fls. 75/76), mas prorrogada sua vigência (***neste caso, por força da norma constitucional "uma única vez e por igual período", até 19 de outubro de 2022***), deve ser respeitado o legítimo poder discricionário da Administração de, durante o período de validade do concurso assim estendido, avaliar a melhor oportunidade para a nomeação. (fls. 340/341)

Logo, as razões recursais, nessa quadra, ficam esvaziadas. Nada há, nessa decisão, que autorize concluir, como o faz a agravante, haver esta Corte autorizado a prorrogação, *ad infinitum*, da vigência do certame. A discricionariedade administrativa para a nomeação de candidatos aprovados em certames públicos conhece, sim, um limite: o máximo prazo constitucional de vigência dos concursos públicos, nunca superior a quatro anos, contados da data de sua homologação, como decorre, inexoravelmente, do disposto no art. 37, III, da Carta Republicana.

Portanto, para o caso em exame, vale reprisar: "*homologado o certame aos 19 de outubro de 2018, (fls. 75/76), mas prorrogada sua vigência (**neste caso, por força da norma constitucional 'uma única vez e por igual período', até 19 de outubro de 2022**)*."

Porém, como também se afirmou, "*deve ser respeitado o legítimo poder discricionário da Administração de, durante o período de validade do concurso assim estendido, avaliar a melhor oportunidade para a nomeação (fl. 341)*."

Eis porque, quanto a isso, nenhuma razão assiste à agravante. Insisto: durante o período de vigência do concurso público, ainda que estendido, deve ser respeitado o legítimo poder discricionário conferido pelo ordenamento pátrio à Administração de avaliar, ao seu exclusivo critério, a melhor oportunidade para nomear candidatos aprovados, ainda que classificados dentro das vagas inicialmente ofertadas no instrumento convocatório.

Nesse sentido, dentre outros tantos, os seguintes julgados:

> Direito Administrativo. Recurso em mandado de segurança. Concurso público. Cargo efetivo. Contratação de temporários. Inexistência de preterição. Institutos diversos. Prazo de vigência não expirado. Discricionariedade na escolha do momento para nomeação. Recurso não provido.
>
> 1. A contratação de agentes temporários, só por si, não caracteriza preterição dos aprovados para nomeação em cargos efetivos, porquanto aqueles, admitidos por meio de processo seletivo fundado no art. 37, IX, da Constituição Federal, atendem às necessidades transitórias da Administração, ao passo em que os servidores efetivos são recrutados mediante concurso público (art. 37, II e III, da CF) e suprem necessidades permanentes do serviço. São institutos diversos, com fundamentos fáticos e jurídicos que não se confundem. Precedentes.
>
> 2. Cabe à Administração Pública, no legítimo exercício do poder discricionário, escolher o melhor momento para nomeação de candidatos aprovados em concurso público, respeitado o prazo de validade do certame.
>
> 3. Recurso ordinário não provido.
>
> (RMS 61.771/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 02/09/2020)

> Processual Civil. Mandado de segurança. Concurso público. Médico. Nomeação na vigência de lei que altera os benefícios dos servidores públicos. Ausência de direito líquido e certo. Precedentes do STJ.
>
> [...]
>
> 4. A jurisprudência do STJ está pacificada no sentido de que não há falar em direito líquido e certo à nomeação se ainda houver tempo de validade do concurso (mesmo que o candidato esteja aprovado dentro do número de vagas, o

> que é o caso da recorrente), pois, em tais situações, subsiste a discricionariedade da Administração Pública para efetivar a nomeação.
>
> [...]
>
> 6. Recurso Ordinário não provido.
>
> (RMS 50.445/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20/04/2017)

Quanto ao segundo fundamento da decisão guerreada, diz a recorrente que "*duas observações importantes merecem ser feitas, com toda vênia ao Ministro relator*" (fl. 351).

A primeira, segundo a Autora, é que "*a petição está devidamente acompanhada de prova pré-constituída que demonstra que as alegações perpetradas no sentido de que a designação de servidores a título temporário para o exercício das funções de oficial de justiça na Comarca de Porto União/SC são irregulares*", pelo que, acrescenta, "*o exame dessa legalidade é o que se quer nessa via mandamental, segundo o que a seguir será fundamentado,* ***sendo certo que a prova de plano produzida nesses autos é suficiente para comprovar as alegações trazidas***" (fl. 352).

Bem, quanto a isso, sem nenhum desdouro ao argumento, observo tratar-se da opinião da impetrante. Na origem, o Desembargador relator, ao indeferir a liminar, externou compreensão diversa:

> Além disso, segundo informações prestadas pela Diretoria de Gestão e Pessoas do Tribunal de Justiça (Evento 1, Doc. 17), os servidores que atualmente exercem as funções do cargo vago de Oficial de Justiça na comarca de Porto União foram designados em regime de substituição - ou seja, de forma precária e provisória - com amparo na Resolução GP n. 28/2011 (especificamente, arts. 5º e 8º), afastando, à primeira vista, a alegação de desvio de função.
>
> Consigno, ainda, que a própria impetrante acostou (e a consulta ao site do Tribunal de Justiça confirmou) atos recentes - datados de janeiro e fevereiro de 2021 (Evento 1, Doc. 10) - relativos à nomeação de candidatos aprovados no mesmo concurso regido pelo Edital n. 19/2018, o que sinaliza o empenho da Administração em atender os ditames do instrumento convocatório, provendo os cargos no lapso temporal em que se comprometeu. Diante disso, ao menos por ora, não visualizo plausibilidade fática e jurídica na argumentação da demandante. (fl. 163).

Na mesma linha, a Corte catarinense, nos termos do acórdão recorrido, à unanimidade endossou o voto condutor do acórdão, do qual se extrai:

> Noutra linha, aqui não se percebe a existência da aventada preterição -, pois inocorrente qualquer afronta à ordem de classificação dos aprovados no certame.

No que toca à designação de terceiro para suprir temporariamente a lacuna existente, colhe-se das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora (Evento 25) que "não há substituição por servidores externos na hipótese; aqueles que desempenham as funções de oficial de justiça na comarca de Porto União, em caráter de substituição, pertencem aos quadros do Poder Judiciário catarinense", além deque "referida medida tem por objetivo reduzir emergencialmente o déficit de servidores nas unidades, enquanto se verifica as possibilidades de provimentos dos demais cargos vagos, e está pautada no que admitido pela resolução GP n. 28/2011".

E aludida Resolução GP n. 28/2011 assim dispõe, naquilo que importa:

> Art. 5º Somente haverá pagamento de substituição decorrente dos afastamentos legais dos servidores ocupantes de cargos comissionados e dos cargos efetivos de Oficial de Justiça e Oficial de Justiça e Avaliador, bem como daqueles que exercem funções gratificadas ou percebem gratificação especial correspondente a cargo comissionado ou função gratificada.
>
> [...]
>
> § 3º Também será devida gratificação de substituição em virtude da vacância dos cargos de Oficial de Justiça e Oficial de Justiça e Avaliador, seja motivada pela aposentadoria, remoção, exoneração, demissão ou falecimento.
>
> [...]
>
> Art. 8º As substituições deverão se efetivar da seguinte forma:
>
> III - Cargos efetivos (Oficial de Justiça e Oficial de Justiça e Avaliador): servidor efetivo do Poder Judiciário, com lotação na respectiva comarca, preferencialmente portador de diploma de curso superior em Direito.

Em acréscimo, registro que os efeitos da pandemia mundial oriunda da Covid-19 exigiu a adoção de inúmeras medidas de forte impacto nas áreas social, sanitária e econômica, trazendo consigo a necessidade de, quanto ao último ponto, readequação e, até mesmo, limitação de gastos e investimentos; no setor público, há imposição de rigoroso controle de despesas, inclusive pelos ditames da Lei Complementar n. 173/2020. Por isso, as contratações e reposições em quadro de pessoal merecem cautela e, sobretudo, exame maior de sua premente necessidade, considerando o todo de sua estrutura e não apenas de determinado segmento ou localidade. (fls. 257/258)

Como se vê, a anunciada suficiência das provas apresentadas não se confirma. Assim, tenho ainda por firme o fundamento lançado na decisão vergastada:

> Quanto ao mais, tenho por não prosperar a tese autoral de preterição, em razão da inadequação da via eleita. É que a aferição do acerto do argumento demandaria inevitavelmente dilação probatória – vedada na via mandamental

> – para verificar se, no caso examinado, a apontada designação de pessoal em regime precário seria, ou não, usada como artifício para burlar a nomeação dos candidatos aprovados em concurso público, mormente diante da informação prestada pela Impetrada, dando conta de que as funções são exercidas acumuladamente por servidores efetivos já integrantes do quadro.
>
> Ademais, a jurisprudência do STJ tem se orientado de que mesmo a contratação de temporários (se fosse o caso) não caracteriza, só por si, preterição dos candidatos concursados. (fl. 341)

A segunda observação que faz a agravante foi vazada nos seguintes moldes:

> A segunda observação a ser feita é a respeito da possibilidade de utilização das vias ordinárias para a busca do direito que aqui se afirma líquido e certo. Com todo o respeito ao argumento do eminente Relator, bem como à celeridade em que proferiu sua decisão monocrática (poucos dias após o parecer do Ministério Público Federal), vê-se que essa celeridade típica da ação mandamental não tem sido observada desde a origem. Observe-se que a petição inicial foi distribuída ao juízo competente em 09/02/2021 e apenas em 29/7/2021 o mérito foi julgado pela Câmara de Direito Público do TJ/SC (isso após insistentes contatos com a assessoria do relator para inclusão urgente em pauta). Ou seja, o que se observa, na prática, é que os prazos previstos no art. 7º e 12 da Lei 12.016/2009 não são atendidos, nem mesmo a preferência legal que se dá ao mandamus que, em tese, deve ser célere. Veja que, quase um ano após a distribuição da petição inicial, a impetrante não se viu diante de uma resolução de mérito justa e efetiva para o caso em análise.
>
> Se a utilização da ação mandamental assim tramitou, por certo que o recurso às vias ordinárias em muito prejudicaria a efetividade da prestação jurisdicional, porquanto o decurso do tempo é justamente o que se teme nesse caso concreto. O tempo, certamente, é o bem jurídico que está aqui em jogo: o tempo transcorrido desde a homologação do certame sem a devida convocação para assumir o cargo; o tempo em que o certame permaneceu com prazo de validade suspenso; o tempo em que os técnicos judiciários exercem as funções de oficial de justiça em caráter precário; o tempo que deveria ser certo em uma designação que se diz temporária, mas que já perdura por mais de 2 anos e não tem prazo para findar. E ninguém tem dúvidas que, diante da efemeridade da vida e de todas as dificuldades vivenciadas em um período de pandemia mundial, o tempo é um dos bens jurídicos de maior valia para o ser humano. (fls. 351/352).

Ainda que aqui transcrito (tão somente para que não se alegue omissão), o argumento não merece ser conhecido, pois, a toda evidência, desborda dos fundamentos da decisão agravada

Por tudo isso, tenho que as razões recursais declinadas pela Autora não abalam os fundamentos sobre os quais se erige a decisão combatida, que permanece incólume.

Ante o exposto, encaminho meu voto no sentido de *negar provimento* ao presente agravo interno, mantendo íntegra a decisão impugnada.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 56.528-DF (2018/0022140-3)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves
Recorrente: Messer Gases Ltda.
Outro Nome: Linde Gases Ltda
Advogados: Luiz Gustavo Rocha Oliveira Rocholi - MG072002
Felipe Alves Pacheco - MG108711
Fernanda Assis Souza - MG104873
Thiago Magalhaes Freitas Sa - MG167050
Recorrido: Distrito Federal
Procurador: Bruno Novaes de Borborema e outro(s) - DF033806

EMENTA

Direito Constitucional e Administrativo. Recurso em mandado de segurança. Contratações realizadas pela Administração Pública. Fornecimento de serviços. Despesas relativa à exercícios anteriores. Ordem cronológica. Princípio da anualidade orçamentária. Rubrica distinta. Observância ao artigo 5 da Lei 8.666/93. Ausência de direito líquido e certo.

1. Considerando que o recurso foi interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ.

2. Os autos são oriundos de mandado de segurança impetrado por Linde Gases Ltda. contra ato imputado ao Secretário de Saúde do Distrito Federal, consubstanciado na realização de pagamentos de

serviços prestados a seu favor com desrespeito à ordem cronológica prevista nos artigos 1º e 2º da Lei Distrital n. 5.760/2016, 5º da Lei 8.666/93 e na própria Constituição Federal.

3. O impetrante explica que as notas fiscais cujo pagamento está sendo preterido foram emitidas e atestadas em 2014 e, com a mesma fonte de recursos, o GDF vem pagando notas emitidas e atestadas em 2017.

4. Ocorre que a Lei Distrital 5.760/16, que determinava, em seu artigo 3º, a observância de pagamento em ordem cronológica e "custeadas pela mesma fonte de recursos, ainda que sejam originárias de exercício encerrado", foi definitivamente declarada inconstitucional pelo Conselho Especial do TJDFT, no bojo da ADI n. 2017.00.2.004857-3, Rel. Ana Maria Amarante, julgado em 20.03.2018, DJe 04.04.2018.

5. Além disso, a exigência contida no art. 5º da Lei 8.666/93, de respeito à ordem cronológica "para cada fonte diferenciada de recursos", não pode ser interpretada isoladamente no ordenamento jurídico brasileiro, mas sim em conjunto com a Constituição e as normas financeiras e orçamentárias aplicáveis, que impõem a anualidade dos orçamentos da Administração Pública, cuja lógica estabelece que despesas de exercícios anteriores não devem prejudicar o orçamento do exercício subsequente, pois devem ser custeadas com recursos financeiros do exercício que foram realizadas.

6. Diante disso, não há como se afastar da conclusão adotada pelo acórdão de origem, no sentido de que os pagamentos de despesas públicas devem observar a dotação orçamentária e financeira do exercício em curso, de forma que as despesas atinentes aos exercícios findos se inserem em uma rubrica distinta, cuja cronologia do pagamento a ser observada é outra, específica para os exercícios anteriores.

7. Entender de forma diversa, implicaria na desvirtuação do planejamento orçamentário e financeiro anual do Governo do Distrito Federal, com a paralisação de todas as despesas correntes do ano em curso até a quitação total das dívidas deixadas pelo exercício anterior, em afronta aos princípios da continuidade do serviço público e da anualidade orçamentária.

8. Não há falar, portanto, em desrespeito ao disposto no artigo 5º da Lei 8.666/93 e tampouco em direito líquido e certo da impetrante, eis que não demostrou a alegada preterição do seu débito em relação à ordem cronológica de pagamentos de exercícios anteriores.

9. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

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

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

Brasília (DF), 19 de abril de 2022 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 27.4.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso em mandado de segurança interposto por Linde Gases Ltda. contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, assim ementado (fl. 280):

> Direito Constitucional. Mandado de segurança. Alegação de não observância da ordem cronológica de pagamento por fornecimento e serviços à Secretaria de Saúde do Distrito Federal prestados pela impetrante atinente ao exercício de 2014. Exercícios anteriores. Cumprimento do estatuído no art. 5º da Lei 8.666/93 e na Lei Distrital 5.760/2016. Direito líquido e certo. Inexistência. Segurança denegada.
>
> 1 – A ordem cronológica de pagamento das despesas decorrentes das contratações de serviços e obras e das aquisições realizadas pela Administração Pública dos Poderes Executivo e Legislativo do Distrito Federal, prevista na Lei n. 8.666/93 e na Lei Distrital n. 5.760/16, devem observar a dotação orçamentária e financeira do exercício em curso, uma vez que as despesas atinentes a exercícios

> findos possuem rubrica distinta, sendo que a cronologia do pagamento a ser observada é a de exercícios anteriores.
>
> 2 – A parte final do artigo 3º da Lei Distrital n. 5.760/2016, que determinava a observância de pagamento em ordem cronológica, "e custeadas pela mesma fonte de recursos, ainda que sejam originárias de exercício encerrado" foi suspensa liminarmente por decisão do Conselho Especial do TJDFT no bojo da ADI n. 2017.00.2.004857-3.
>
> 3 – Certo é que o orçamento segue o princípio da anualidade e, assim, as dívidas reconhecidas voluntariamente pelo Distrito Federal e que passaram de um ano para outro são incluídos em restos a pagar ou em exercícios anteriores, que possuem rubricas diferentes (fontes de recursos distintas), pois o exercício financeiro e orçamentário do ano em curso não se confunde com os exercícios findos e, assim, não tendo a Impetrante demonstrado que houve preterição quanto a seu débito em relação a ordem cronológica de pagamento de exercícios findos, inexiste direito líquido e certo. Agravo Interno prejudicado.

Em suas razões recursais, a empresa recorrente aduz que o Distrito Federal vem, reiteradamente, permitindo a realização de pagamentos com desrespeito à ordem cronológica prevista na disposto no art. 5º da Lei 8.666/93, bem como no 1º e 2º da Lei Distrital n. 5.760/2016 e na própria Constituição Federal.

Explica que as Notas Fiscais cujo pagamento é reclamado foram emitidas e atestadas em 2014 e, com a mesma fonte de recursos, o GDF vem pagando notas emitidas e atestadas em 2017, destacando que "*negar-se força e reconhecimento à imposição legal de observância à ordem cronológica significa anuir com o comportamento do Estado de esquivar-se dos pagamentos dos seus fornecedores antigos, visto que seus débitos seriam esquecidos ano a ano, o que claramente não pode ser tolerado dentro de um Estado de Direito*" (fls. 317).

Adiante, esclarece que o presente mandamus foi impetrado com o único objetivo de se garantir o cumprimento, pelo Distrito Federal, da ordem cronológica quando da quitação dos seus débitos, não configurando, portanto, a vedada pretensão de cobrança de débitos na via mandamental.

Em seguida, defende que: i) "*a preferência de credores de exercícios anteriores para o recebimento de pagamentos sobrevive nos exercícios financeiros subsequentes*" (fls. 321); ii) "*o novo orçamento não pode ignorar as dívidas pretéritas, as quais deverão ser computadas nos orçamentos seguintes até serem integralmente quitadas*" (fls. 322); iii) "*os valores devidos à Recorrente desde o ano de 2014 não são enquadráveis nas hipóteses que permitem a inscrição do débito na dotação "despesas de exercícios anteriores*" (fls. 323), mas sim como restos a pagar processados, os quais não podem ser cancelados antes da prescrição quinquenal.

Em contrarrazões, o Distrito Federal alega, inicialmente, que a lei distrital invocada pela recorrente "*está sendo objeto de questionamento na ação direta de inconstitucionalidade n. 2017.00.2.004857-3, em trâmite perante o Conselho Especial do TJDFT, na qual foi deferida medida liminar para suspender a sua aplicabilidade até o julgamento final da ação*" (fls. 336), por aparente inconstitucionalidade formal.

Adiante, defende que "*a pretensão deduzida, no sentido de que despesas realizadas e não pagas em exercício pretérito (2014) impeça todo e qualquer outro pagamento com aquela rubrica, com todas as vênias, viola o princípio da anualidade orçamentária*" (fls. 343).

A esse respeito, aduz que a ordem cronológica das despesas do exercício atual é distinta da ordem cronológica das despesas dos exercícios anteriores, posto que a "*a lógica constitucional estabelecida pelo Princípio da Anualidade é que as Despesas de Exercícios Anteriores não devem prejudicar o orçamento do exercício subsequente, pois devem ser custeadas com recursos financeiros do exercício em que foram realizadas. Com isso, mantém-se o equilíbrio orçamentário dentro do regime de competência legal, e, sobretudo, as fontes de financiamento do exercício seguinte não são comprometidas por dívidas de exercícios anteriores*" (fls. 348).

Esclarece que possui um passivo enorme, o qual está sendo quitado gradualmente, com respeito às normas gerais de direito financeiro e orçamentário para o pagamento de "Débitos de Exercícios Anteriores", tais como aquelas decorrentes dos arts. 35 a 37 da Lei 4.320/64 e do art. 50 da LC 101/2000, sem, no entanto, comprometer a continuidade dos contratos atuais, posto que, "caso os *fornecedores atuais tivessem os seus créditos suspensos em prol do pagamento da dívida anterior, a população seria privada dos mais básicos serviços públicos, como saúde, segurança e educação*" (fls. 345).

Ao final, assevera que a pretensão viola o princípio da separação dos poderes e da reserva da Administração (art. 2º c/c 165 da CF), sendo certo que não há espaço à intervenção do Poder Judiciário no conteúdo do ato administrativo.

O MPF opinou pelo provimento do recurso, nos termos da seguinte ementa (fls. 377):

> Direito Processual Civil e Financeiro. Recurso ordinário em mandado de segurança. Contrato administrativo. Pagamento. Pretensão de que se observe a ordem cronológica. *Writ* que não é substitutivo de ação de cobrança. Prestação de serviços ao governo no ano de 2014. Pagamento em exercício financeiro

diverso. Direito adquirido ao pagamento da dívida. Obrigação de observância da ordem cronológica de pagamentos. Princípios da legalidade e moralidade administrativas. Lei de Responsabilidade Fiscal. Impossibilidade de o titular do poder, nos dois últimos quadrimestres do mandato, criar débitos que não possam ser pagos no mesmo exercício financeiro. Direito líquido e certo demonstrado. Parecer pelo provimento do recurso.

É o relatório. Decido

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Consigne-se inicialmente que o recurso foi interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015, devendo ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ.

Os autos são oriundos de mandado de segurança impetrado por Linde Gases Ltda. contra ato imputado ao Secretário de Saúde do Distrito Federal, consubstanciado no pagamento por fornecimento, locações e serviços prestados a seu favor sem respeitar a ordem cronológica, em total afronta ao disposto nas Leis 8.666/93, 5.760/16 e à própria Constituição Federal.

Para tanto, explicou que as notas fiscais cujo pagamento é reclamado foram emitidas e atestadas em 2014 e, com a mesma fonte de recursos, o GDF vem pagando notas emitidas e atestadas em 2017, bem mais antigas que as suas e também de inúmeras outras empresas.

Ao final, pugnou pela concessão da ordem a concessão de ordem para determinar à autoridade coatora que se abstenha de "*de quitar qualquer fatura ou nota fiscal utilizando-se da fonte de recurso n. 138003467 (Convênio 0003467/05 - GDF/SES/FNS/MS - 000073-0) sem respeitar a ordem cronológica de pagamentos*" (fls. 11).

O Tribunal de origem entendeu por bem denegar a ordem, aos fundamentos de que: i) a ordem cronológica de pagamento das despesas públicas, prevista na Lei n. 8.666/93 e na Lei Distrital n. 5.760/16, devem observar a dotação orçamentária e financeira do exercício em curso (princípio da anualidade), uma vez que as despesas atinentes a exercícios findos possuem rubrica distinta, sendo que a cronologia do pagamento a ser observada é a de exercícios anteriores; ii) a parte final do art. 3º da Lei Distrital n. 5.760/2016, que determinava a observância de pagamento em ordem cronológica ainda que as despesas fossem

"originárias de exercício encerrado", foi suspensa liminarmente por decisão do Conselho Especial do TJDFT; e iii) a impetrante não demostrou a alegada preterição do seu débito em relação à ordem cronológica de pagamentos de exercícios anteriores.

Na presente insurgência a recorrente aduz que, não obstante a suspensão cautelar de parte da Lei Distrital 5.760/2016, "*a norma positivada no art. 5º da Lei 8.666/93, bem como as regras nacionais de direito financeiro, são, por si só, suficientes para exaltar o direito líquido e certo ora perquerido*" (fls. 325), tendo em vista a necessidade de se observar a continuidade do orçamento, não podendo de desconsiderara as dívidas dos exercícios anteriores, em razão do disposto nos artigos 5º e 45 da LC 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Defende, também, que não estão presentes as hipóteses do artigo 37 da Lei 4.320/64, que permite a inscrição de débitos como "despesas de exercícios anteriores".

Com efeito, a despeito do esforço argumentativo empreendido pelo recorrente, tem-se que não lhe assiste razão.

Diz-se isso primeiramente porque *a Lei Distrital 5.760/16, utilizada pelo recorrente como um dos fundamentos para justificar sua pretensão, foi definitivamente declarada inconstitucional* pelo Conselho Especial do TJDFT, no bojo da ADI n. 2017.00.2.004857-3, Rel. Ana Maria Amarante, julgado em 20.03.2018, DJe 04.04.2018.

Tal norma dispunha sobre a ordem cronológica de pagamento a ser obedecida no âmbito das contratações e aquisições realizadas pela Administração Pública dos Poderes Executivo e Legislativo do Distrito Federal, sendo que, no seu artigo 3º, determinava a observância de pagamento em ordem cronológica e "custeadas pela mesma fonte de recursos, ainda que sejam originárias de exercício encerrado", senão vejamos:

> Art. 3º Não é paga a despesa, ainda que atestada, enquanto houver outras mais bem classificadas na ordem cronológica e custeadas pela mesma fonte de recursos, ainda que sejam originárias de exercício encerrado

Na oportunidade, assentou a relatora que a referida legislação distrital, a pretexto de disciplinar o contido no já mencionado art. 5º da Lei Federal 8.666/90, acabou por incorrer em diversas inconstitucionalidades, especialmente por "*ter restringido a uma só fonte de recursos, receitas destinadas ao pagamento de despesas do exercício atual com aquelas advindas de exercícios anteriores, quando a norma geral federal é explícita no sentido de determinar a observância da ordem cronológica de pagamentos para cada fonte diferenciada de recursos*".

Ressaltou que "*a lei impugnada não só invadiu a competência da União, como ainda contrariou normas gerais de direito financeiro contidas nas Leis n. 4.320/64 (arts. 35 a 37) e na Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar n. 101/2000, especialmente porque determinou que despesas de outros exercícios findos fossem pagas com prioridade sobre despesas do exercício corrente, utilizando a mesma fonte orçamentária, em nítido desrespeito ao princípio da anualidade orçamentária e ao regime de competência que rege a contabilidade pública, instituído pelas Leis 4.320/64 e pela Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 50)*".

E, por fim, consignou que a lei atacada "*constitui também um convite à burla do dever legal de o titular de Poder não contrair dívidas em fim de mandato que não possam ser cumpridas integralmente dentro dele, tal como estabelecido pelo art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal*", além de suas disposições modificarem completamente as leis orçamentárias e priorizarem "*o pagamento de dívidas bilionárias de gestões anteriores, impedindo a liberdade de o Governo atual gerir o orçamento*".

No que diz respeito ao *outro fundamento apontado pela recorrente para embasar seu alegado direito líquido e certo, qual seja, a incidência do artigo 5º da Lei 8.666/93, tampouco merece êxito a insurgência.*

O referido dispositivo legal dispõe que a Administração Pública deve adimplir suas obrigações financeiras contratuais observada, em regra e para cada fonte diferenciada de recursos, a ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, senão vejamos:

> Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

Ocorre que, tal exigência, de respeito à ordem cronológica "para cada fonte diferenciada de recursos", não pode ser interpretada isoladamente no ordenamento jurídico brasileiro, mas sim em conjunto com a Constituição e as normas financeiras e orçamentárias aplicáveis, que impõem a anualidade dos orçamentos da Administração Pública, cuja lógica estabelece que despesas de exercícios anteriores não devem prejudicar o orçamento do exercício

subsequente, pois devem ser custeadas com recursos financeiros do exercício que foram realizadas.

Nessa linha, são os artigos. 35 a 37 da Lei 4.320/64, que assentam que pertencem aos exercício financeiro apenas as despesas nele legalmente empenhadas, as quais serão consideradas restos a pagar, caso não pagas até o dia 31 de dezembro, destacando que as dívidas dos exercícios anteriores somente poderão ser pagas por dotação específica consignada no orçamento anual:

> Art. 35. Pertencem ao exercício financeiro:
>
> I - as receitas nele arrecadadas;
>
> II - as despesas nele legalmente empenhadas.
>
> Art. 36. Consideram-se Restos a Pagar as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro distinguindo-se as processadas das não processadas.
>
> Parágrafo único. Os empenhos que sorvem a conta de créditos com vigência plurienal, que não tenham sido liquidados, só serão computados como Restos a Pagar no último ano de vigência do crédito.
>
> Art. 37. As despesas de exercícios encerrados, para as quais o orçamento respectivo consignava crédito próprio, com saldo suficiente para atendê-las, que não se tenham processado na época própria, bem como os Restos a Pagar com prescrição interrompida e os compromissos reconhecidos após o encerramento do exercício correspondente poderão ser pagos à conta de dotação específica consignada no orçamento, discriminada por elementos, obedecida, sempre que possível, a ordem cronológica.

Diante disso, não há como se afastar da conclusão adotada pelo acórdão de origem, no sentido de que os pagamentos de despesas públicas devem observar a dotação orçamentária e financeira do exercício em curso, de forma que as despesas atinentes aos exercícios findos se inserem em uma rubrica distinta, cuja cronologia do pagamento a ser observada é outra, específica para os exercícios anteriores.

É dizer que o exercício financeiro atual não se confunde com os exercícios findos, que são pagos por rubricas distintas. As normas orçamentárias determinam o pagamento de exercícios anteriores em separado do pagamento das verbas do exercício atual, sendo que a ordem cronológica das despesas do exercício atual também é distinta da ordem cronológica das despesas dos exercícios anteriores.

O pagamento de dívidas anteriores deve ser realizado por meio de dotação orçamentária própria, específica para "Despesas de Exercícios Anteriores", sem

prejuízo do pagamento das verbas atuais, relativas aos serviços essenciais à sociedade e à Administração, que possuem rubrica distinta.

Entender de forma diversa, mediante uma interpretação literal da exigência contida no artigo 5º da Lei 8.666/93, implicaria na desvirtuação do planejamento orçamentário e financeiro anual do Governo do Distrito Federal, com a paralisação de todas as despesas correntes do ano em curso até a quitação total das dívidas deixadas pelo exercício anterior, em afronta aos princípios da continuidade do serviço público e da anualidade orçamentária.

Ademais, a alegação de que o gestor público deve observar limitações nos últimos quadrimestres do mandato, devendo-se abster de gastos que não possam ser adimplidos naquele exercício (art. 42 da LC 101/2000), não autoriza que, eventualmente desobservado tal dever, o débito haja de ser pago independentemente da observância das normas financeiras e orçamentárias aplicáveis, tal como aquele segundo a qual o gasto haverá de ser incluído em rubrica própria.

Isso tudo considerado, não há falar, portanto, em desrespeito ao disposto no artigo 5º da Lei 8.666/93 e tampouco em direito líquido e certo da impetrante, eis que não demostrou a alegada preterição do seu débito em relação à ordem cronológica de pagamentos de exercícios anteriores.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 67.416-SE (2021/0299685-0)

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Recorrente: Paulo Roberto Fonseca Barbosa

Advogado: Márcio Macêdo Conrado - SE003806

Recorrido: Estado de Sergipe

Procurador: Ronaldo Ferreira Chagas e outro(s) - SE002064

EMENTA

Administrativo. Servidor público. Recurso em mandado de segurança. Magistrado em gozo de licença para capacitação no exterior. Suspensão da percepção de Gratificação por Exercício Cumulativo de Jurisdição ou Acumulação de Acervo Processual e de Gratificação de Direção de Fórum. Vantagens de caráter eventual e temporário. Interrupção automática do pagamento em virtude da ausência de preenchimento dos requisitos legais. Possibilidade. Existência de processo administrativo no qual houve o exercício da ampla defesa. Ausência de direito líquido e certo à manutenção das vantagens.

1. Cuida-se de recurso em mandado de segurança interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe que denegou o *writ* do autor, no que tange ao pedido de manutenção do pagamento das vantagens denominadas "*Retribuição por Direção de Fórum*" e "*Gratificação pelo Exercício Cumulado de Jurisdição ou Acumulação de Acervo Processual*", no período de 20/12/2019 a 19/9/2020, durante o qual o magistrado impetrante gozava de licença para participar de curso de doutorado no exterior, concedendo, no entanto, em parte a ordem apenas para isentá-lo de devolver os valores anteriormente recebidos de boa-fé.

2. Nos termos dos arts. 1º da Lei Complementar Estadual 327/2019 e 1º da Lei Complementar Estadual 239/2014, c/c o art. 5º, II, *b*, *c* e *d*, da Resolução/CNJ n. 13/2006, as referidas vantagens possuem caráter eventual e temporário, vinculando-se o seu pagamento ao efetivo exercício das atividades a elas relacionadas.

3. No que toca especificamente à "Retribuição por Direção de Fórum", existindo previsão legal expressa no sentido de que o pagamento da referida vantagem somente seria devido nos casos de afastamentos vinculados a "*férias, licença-maternidade, licenças para tratamento da própria saúde ou de pessoa da família, ou outros afastamentos inferiores a dez dias*", torna-se inviável estender tal comando normativo à hipótese ali não contemplada, ante a necessidade de reverência ao princípio de hermenêutica segundo o qual "*não compete ao intérprete distinguir onde o legislador, podendo, não o fez, sob pena de violação do postulado da separação dos poderes*" (*AgInt no REsp 1.609.787/RS*, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, *Segunda Turma*, DJe 10/11/2017).

4. Recurso em mandado de segurança desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 29 de março de 2022 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 1º.4.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trata-se de recurso em mandado de segurança interposto por *Paulo Roberto Fonseca Barbosa*, com fundamento no art. 105, II, *b*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

Narram os autos que o recorrente impetrou o subjacente *mandamus* contra pretenso ato ilegal e abusivo imputado ao Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, consubstanciado na decisão proferida nos autos do Processo Administrativo n. 0001521-18.2020.8.25.8825, pela qual determinou a suspensão do pagamento e a dedução retroativa das verbas referentes à Retribuição por Direção de Fórum e à Gratificação pelo Exercício Cumulado de Jurisdição ou Acumulação de Acervo Processual, no período de 20/12/2019 a 19/9/2020, em que o magistrado impetrante gozava de licença para estudar no exterior.

O Tribunal de origem concedeu a segurança parcialmente, nos termos da ementa que segue (fl. 325):

> *Mandado de segurança. Magistrado em gozo de licença para capacitação. Suspensão da percepção de Gratificação pelo Exercício Cumulativo de Jurisdição ou Acumulação de Acervo Processual e de Gratificação de Direção de Fórum após processo administrativo. Verbas de natureza* propter laborem. *Imperatividade do art. 1º, VIII e IX, da Lei Complementar Estadual n. 129/06. Compatibilidade com o exercício do poder hierárquico. Ausência de direito líquido e certo. Impossibilidade*

> *de devolução dos valores percebidos equivocadamente. Boa fé do impetrante. Jurisprudência farta nesse sentido. Concessão parcial da ordem*.

No que diz respeito à "*Gratificação pelo Exercício Cumulado de Jurisdição ou Acumulação de Acervo Processual*", sustenta o recorrente que (fl. 358):

> [...] a despeito da inegável classificação da pretendida verba remuneratória como *pro labore faciendo*, não é essa a tese que deverá prosperar no caso dos autos, fazendo-se mister, de pronto, a reforma do V. acórdão para a retomada do pagamento da referida verba remuneratória em benefício do juiz recorrente, que teve período de gozo de licença para capacitação profissional.

Nesse sentido, argumenta que a ilegalidade do ato apontado como coator reside nas seguintes premissas, *in verbis* (fls. 358/359):

> (i) A impossibilidade de se suprimir vantagem remuneratória percebida por juiz togado em descumprimento ao devido processo legal;
>
> (ii) A inviabilidade de se criar limitações ao recebimento de gratificação regulamentar; prevista em lei por intermédio de portaria
>
> (iii) Impedimento à subtração de vantagem remuneratória devida a magistrado, única e exclusivamente, em decorrência do gozo de licença para aperfeiçoamento profissional, haja vista que considerados os dias de afastamento por quaisquer licenças legalmente instituídas como de efetivo exercício de jurisdição.

Quanto ao primeiro ponto, assevera que a suspensão do pagamento da gratificação de acumulação de acervo processual bem como a ordem de descontos retroativos "*ocorre*[ram] *de forma repentina, sem ter-lhe sido facultado o exercício do contraditório e da ampla defesa*", haja vista que "*não houve qualquer intimação prévia ao recorrente, para que ele pudesse apresentar suas razões, tendo sido proferida apenas a decisão repentina para que fosse suspensa sua gratificação, o que é vedado tanto em via de processos administrativos, quanto em vias de processos judiciais*" (fl. 359).

Em relação ao segundo ponto, afirma que (fl. 360):

> [...] o ilegítimo decréscimo na remuneração mensal a que faz jus o juiz recorrente afronta ainda, diametralmente, o princípio mor da regência da atuação da Administração Pública, qual seja o da legalidade, na medida em que susta o pagamento de gratificação remuneratória prevista em lei com fundamento em limitação imposta por Portaria Regulamentadora que, diga-se de passagem, foge à competência da Presidência do TJSE, e inova irregularmente o ordenamento jurídico.

Segue aduzindo que a autoridade impetrante, a pretexto de regulamentar a Lei Complementar Estadual 327/2019, criadora da aludida gratificação, inseriu "*novo pré-requisito para o recebimento da referida vantagem remuneratória, qual seja o exercício efetivo de jurisdição, restringindo a sua hipótese de concessão, com base em critérios não antes previstos na sua lei de regência*" (fl. 360).

Daí asserir que (fl. 362):

> [...] a questionada Portaria n. 05/2020, ao condicionar o pagamento da gratificação de acumulação de acervo processual ao efetivo exercício da atividade jurisdicional, por parte do magistrado, em clarividente inovação aos critérios legais indispensáveis ao percebimento da citada vantagem remuneratória, fere o princípio da legalidade, visto que restringe as suas hipóteses de incidência, na clara tentativa de excluir os magistrados em gozo de férias e de licenças, quando não há previsão nesse sentido na lei estadual que disciplina a matéria.

No que concerne ao terceiro e último ponto, defende o autor que o mero fato de a gratificação de acumulação de acervo processual se caracterizar como uma vantagem *propter laborem et pro labore faciendo*, por si só, não autoriza a suspensão de seu pagamento no caso concreto. Isso porque "*o gozo da licença ou férias oportuniza a percepção da gratificação porque compreendido pelo ordenamento jurídico vigente como se estivesse em pleno exercício da atividade extraordinária, sobretudo no caso de Magistrados, tendo em vista que são acobertados por garantias e prerrogativas, a exemplo da inamovibilidade, da vitaliciedade e da estabilidade financeira*" (fl. 364).

E complementa (fl. 364):

> É de se ressaltar que a própria Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 35 de 1979) prescreve, em seu art. 73, que as causas de afastamento do magistrado, por justo motivo, não podem representar subtração de seus vencimentos e vantagens remuneratórias legalmente concedidas.
>
> [...]
>
> Ou seja, resta mais do que evidenciada a ilegalidade e abusividade do ato coator, como demonstrado em sede de mandado de segurança, notadamente quando, em manifesta infração ao devido processo legal e com base em portaria regulamentar que institui restrição ao exercício de direito previsto em lei, em nítido transbordo do seu poder regulamentar, impõe suspensão do pagamento da gratificação de acumulação de acervo processual em desfavor do magistrado recorrente que, mesmo afastado por concessão de licença para capacitação profissional, se encontra, nos termos da lei, em efetivo exercício de sua atividade jurisdicional. Indiscutível, portanto, o surgimento do direito subjetivo, líquido e

> certo, em favor do juiz de direito recorrente, de pleitear, amparado na estabilidade financeira que lhe é conferida por lei quando afastado de suas atividades por justo motivo, o restabelecimento do pagamento da gratificação de acumulação de acervo processual que lhe é devida, inclusive com efeitos retroativos, com a consequente restituição d os valores indevidamente descontados de sua remuneração mensal , razão pela qual merece reforma o V. acórdão recorrido.

De outro lado, aponta a existência de "*fato novo, consistente na publicação, no DJ, em 1 de julho de 2021, da Portaria Normativa n. 52/2021 – GP1 (que Altera a Portaria n. 76/2019 GP1, que estabelece a forma de pagamento da gratificação por exercício cumulativo de jurisdição ou de acervo processual, no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Sergipe)*" (fl. 368).

Segundo o recorrente (fl. 369):

> [...] as alterações advindas com a publicação da referida Portaria Normativa n. 52/2021 – GP1, em conformidade com a Recomendação do CNJ, proporcionam o pagamento da gratificação de acervo e cumulação de unidade jurisdicional para os períodos ainda mais amplos, como de gozo de férias e afastamentos legais, para juízes designados exclusivamente para realização de audiências custódia e outras hipóteses, por exemplo.
>
> Isto é, a edição normativa supracitada reafirma a lógica da interpretação conjunta das normas que consagram a estabilidade financeira da magistratura e disciplinam as causas legais de afastamento da atividade jurisdicional, afastando-se da intenção legislativa de impedir a subtração remuneratória ao magistrado que, em que pese afastado de suas funções jurisdicionais, permanece em exercício efetivo do seu mister, impondo-se, nesses termos, interpretar extensivamente a norma positivada em âmbito Estadual.
>
> Ou seja, a edição e publicação da referida Portaria Normativa n. 52/2021 – GP1 pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe em 1 de julho de 2021, inclusive em momento posterior à prolação do próprio V. acórdão recorrido, acabou por reforçar ainda mais a tese de que as verbas remuneratórias percebidas pelo magistrado recorrente, a título de direção de fórum e acumulação de acervo processual, apesar de classificadas juridicamente como gratificações pro labore fadando, devem continuar a integrar os vencimentos mensais de juiz afastado para fins de aperfeiçoamento profissional, circunstância prevista em lei que não tem o condão de afetar a estabilidade financeira da magistratura.
>
> Diz-se circunstância prevista em lei, porque não é novidade alguma o fato de que o art. 73 da LOMAN é expresso no sentido de que:
>
> [...]
>
> Veja-se que é de se ressaltar, diferentemente do que defende a Eminente Presidência do TJSE, a prevalência da LOMAN, no caso concreto, em detrimento

> de Lei Estadual ou de Portarias e Resoluções infra legais, posto que, apesar de anterior à Carta Magna de 1988, aquele diploma normativo foi recepcionado pelo legislador constituinte, através do art. 93, caput, da CF, a representar, nos termos da jurisprudência da Suprema Corte, verdadeiro estatuto orgânico do Poder Judiciário.
>
> [...]
>
> Desse modo, não pode a LOMAN, lei complementar de caráter nacional, ser derrogada, no caso dos autos, por estadual ou normativos do E. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, sendo notável que o advento da Portaria Normativa n. 52/2021 – GP1, que Altera a Portaria n. 76/2019 GP1, que estabelece a forma de pagamento da gratificação por exercício cumulativo de jurisdição ou de acervo processual, no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Sergipe reforça a necessidade de uma interpretação mais extensiva do caso ora tratado, em atenção, inclusive, à exclusão *apenas* nas hipóteses previstas no art. 4º da Resolução TJSE n. 2 22/2019, sendo devida a gratificação nos caso dos autos, notadamente porque, segundo Luís Eduardo Schoueri, "as ordens jurídicas parciais devem conformar-se à ordem jurídica nacional na qual se inserem".

Já em relação à retribuição financeira pelo exercício de direção do fórum, o recorrente se manifesta no sentido de que a ela se estendem os argumentos antes elencados para a manutenção "*Gratificação pelo Exercício Cumulado de Jurisdição ou Acumulação de Acervo Processual*", acrescentando, outrossim, que (fls. 365/366):

> [...] no caso dos autos, não se pode excluir o pagamento da verba remuneratória em questão ao magistrado afastado para cursar doutorado em direito, a pretexto de uma intepretação restritiva das normas de direito público – abalizadas pelo princípio da legalidade estrita –, até porque a legalidade estrita não pode ser empregada para relativizar a prerrogativa de estabilidade financeira conferida à magistratura, vide art. 73, inciso I, da LOMAN.
>
> Isto é, deve ser considerada, ao contrário do que restou consignado no V. acórdão, como ilegal e abusiva subtração da gratificação pelo exercício de direção de fórum da remuneração mensal do juiz estadual recorrente, notadamente levando-se em consideração a inafastável interpretação extensiva que deve ser conferida ao art. 1º, § 5º, da Lei Complementar Estadual n. 129/2006, a fim de abarcar também a hipótese de gozo de licença para fins de capacitação profissional como legítima causa de afastamento de magistrado do exercício efetivo de suas atividades, com manutenção do pagamento da referenciada vantagem remuneratória.
>
> Assim, a fim de melhor adequar a aplicação do ordenamento jurídico, especialmente nas situações em que se pretende fazer valer a proteção de um direito individual frente ao Poder Estatal, como no caso da salvaguarda da estabilidade financeira conferida à magistratura, exsurge como técnica

> hermenêutica adequada a interpretação extensiva, que determina que o conteúdo e alcance da lei estejam insuficientemente expressos no texto normativo, ou seja, a lei teria dito menos do que queria.
>
> E é justamente com base nessa premissa, de que a norma posta no art. 1º, § 5º, da Lei Complementar Estadual n. 129/2006, ao excepcionar tão somente as hipóteses de concessão de férias, de licença para tratamento de saúde e licença maternidade como únicas modalidades de afastamento de magistrado do exercício da atividade jurisdicional que permitem a manutenção do pagamento de gratificação pelo exercício de direção de fórum, excluindo, a priori, desse tratamento legal a licença para capacitação profissional, disse menos do que o que gostaria, na medida em que, dada a equiparação legal de todas essas justas causas de afastamento de julgador consagradas pela LOMAN, não podendo nenhuma delas importar em redução da remuneração do juiz afastado, e a importância conferida ao aperfeiçoamento profissional dos magistrados para a própria desenvoltura do exercício jurisdicional por parte do Estado, deve a licença para capacitação de juiz, via interpretação extensiva, ser incluída no rol previsto cotejado art. 1º, § 5º, da Lei Complementar Estadual n. 129/2006.

Por fim, requer o provimento do recurso a fim de que seja reformado o acórdão recorrido e integralmente concedida a segurança.

Contrarrazões às fls. 389/400.

O Ministério Público Federal, em manifestação do ilustre Subprocurador-Geral da República *Mario Jose Gisi*, entendeu pela desnecessidade da intervenção ministerial (fls. 431/433).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Como relatado, cuida-se de recurso em mandado de segurança interposto por *Paulo Roberto Fonseca Barbosa* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe que denegou o subjacente *writ*, no que tange ao pedido de manutenção do pagamento das vantagens denominadas "*Retribuição por Direção de Fórum*" e "*Gratificação pelo Exercício Cumulado de Jurisdição ou Acumulação de Acervo Processual*", no período de 20/12/2019 a 19/9/2020, durante o qual o magistrado impetrante gozava de licença para participar de curso de doutorado no exterior, concedendo, no entanto, em parte a ordem apenas para isentá-lo de devolver os valores anteriormente recebidos de boa-fé.

De início, verifica-se que a tese de nulidade do ato administrativo atacado, por ausência do devido processo legal, em que fossem assegurados ao impetrante a ampla defesa e o contraditório, confunde-se com o próprio mérito da impetração, motivo pelo qual serão examinados em conjunto.

Pois bem.

Extrai-se dos autos ser incontroverso, porquanto alegado tanto pela autoridade impetrada quanto pelo *Estado de Sergipe*, sem que fosse refutado pelo imperante, o fato de que (fl. 204):

> [...] nunca houve decisão ou ato da Presidência gratificações do TJ/SE determinando o pagamento das referidas em favor do Impetrante. Na verdade, houve um ao as equívoco por parte da Divisão de Pagamento do Tribunal materializar os ditames das normas legais que instituíram verbas.
>
> Tal distorção foi regularizada por determinação da da Presidência, no exercício regular da o atuação administrativa, e qual teve imediato conhecimento magistrado, conforme e-mails constantes do Processo Administrativo (SEI) n. 0001521-18.2020.8.25.8825. Ato contínuo, após a ciência da decisão, o impetrante apresentou sua defesa conforme fls. 58/67 do feito materializado.

A gratificação em tela foi criada pela Lei Complementar Estadual 327/2019, nos seguintes termos:

> Art. 1º O inciso VIII do "caput" do art. 1º da Lei Complementar n. 129, de 21 de julho de 2006, com alterações introduzidas pelas Leis Complementares n. 132, de 30 de outubro de 2006, n. 178, de 21 de dezembro de 2009, n. 221, de 04 de maio de 2012, n. 239, de 04 de abril de 2014, n. 276, de 18 de novembro de 2016 e n. 306 de 05 de julho de 2018, passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> *Art. 1º...*
>
> I –...
>
> .....
>
> *VIII* – Gratificação pelo *exercício cumulativo de jurisdição ou acumulação de acervo processual*, que o magistrado deve perceber em importância não superior a 1/3 (um terço) do subsídio para *cada mês de atuação*, a ser paga proporcionalmente em caso de período inferior, observado o teto remuneratório constitucional;
>
> .....
>
> *Art. 2º* A regulamentação do inciso VIII do "caput" do art. 1º da Lei Complementar n. 129, de 21 de julho de 2006, com a redação dada na forma do art. 1º desta Lei

> Complementar, deve ocorrer por meio de Resolução do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.
>
> (Grifos nossos)

Calha anotar que a controvérsia em tela diz respeito ao pagamento de vantagem de natureza *propter laborem*, como consignado no acórdão recorrido e admitido pelo próprio impetrante, em suas razões recursais.

Ora, em sendo inerente a tal espécie de vantagem que seu pagamento tem por pressuposto o efetivo "*exercício cumulativo de jurisdição ou acumulação de acervo processual*", a ser paga "*para cada mês de atuação*", conclui-se que a ausência desses requisitos legais autoriza a que Administração, de imediato, faça cessar seu pagamento, sem a necessidade da prévia abertura de processo administrativo, mormente por não se cuidar de ato sancionador.

De toda sorte, cumpre acrescentar que, ao contrário do alegado pelo ora recorrente, teve ele oportunidade de se insurgir contra a suspensão da gratificação, de modo a apresentar à autoridade impetrada as razões pelas quais entendia necessária a manutenção daquela vantagem, conforme se extrai do Processo Administrativo (SEI) n. 0001521-18.2020.8.25.8825 (fls. 85/132).

Por sua vez, também não há falar em ofensa ao princípio da legalidade, pois a cessação do pagamento da gratificação em tela não decorreu de eventual limitação imposta por portaria regulamentadora, mas do fato de que os pressupostos legais para seu pagamento não mais estavam presentes no caso concreto.

De outra parte, não se extrai do art. 73 da LOMAN comando normativo capaz de assegurar ao recorrente a manutenção da gratificação pleiteada.

Referido diploma legal assim dispõe, *in litteris*:

> Art. 73 - Conceder-se-á afastamento ao magistrado, sem prejuízo de seus vencimentos e vantagens:
>
> I - para frequência a cursos ou seminários de aperfeiçoamento e estudos, a critério do Tribunal ou de seu órgão especial, pelo prazo máximo de dois anos;
>
> II - para a prestação de serviços, exclusivamente à Justiça Eleitoral;
>
> III - para exercer a presidência de associação de classe.

Conquanto esse dispositivo legal estabeleça que o afastamento do magistrado para "*frequência a cursos ou seminários de aperfeiçoamento e estudos*" deverá ser concedido "*sem prejuízo de seus vencimentos e vantagens*", tal regra não

tem o condão de alcançar as vantagens de caráter eventual e de natureza *proper laborem*, como é o caso da gratificação criada pela Lei Complementar Estadual 327/2019.

Tal compreensão, inclusive, está em harmonia com o estabelecido pelo Conselho Nacional de Justiça, precisamente em sua Resolução n. 13/2006 (que "*Dispõe sobre a aplicação do teto remuneratório constitucional e do subsídio mensal dos membros da magistratura*"). Observe-se:

> *Art. 5º* As seguintes verbas não estão abrangidas pelo subsídio e não são por ele extintas:
>
> I - de caráter permanente: retribuição pelo exercício, enquanto este perdurar, em comarca de difícil provimento;
>
> *II - de caráter eventual ou temporário*:
>
> a) exercício da Presidência de Tribunal e de Conselho de Magistratura, da Vice-Presidência e do encargo de Corregedor;
>
> *b) investidura como Diretor de Foro*;
>
> *c) exercício cumulativo de atribuições*, como nos casos de atuação em comarcas integradas, varas distintas na mesma Comarca ou circunscrição, distintas jurisdições e juizados especiais;
>
> *d) substituições*;
>
> e) diferença de entrância;
>
> f) coordenação de Juizados;
>
> g) direção de escola;
>
> h) valores pagos em atraso, sujeitos ao cotejo com o teto junto com a remuneração do mês de competência;
>
> i) exercício como Juiz Auxiliar na Presidência, na Vice-Presidência, na Corregedoria e no Segundo Grau de Jurisdição;
>
> j) participação em Turma Recursal dos Juizados Especiais.
>
> Parágrafo único. A soma das verbas previstas neste artigo com o subsídio mensal não poderá exceder os tetos referidos nos artigos 1º e 2º, ressalvado o disposto na alínea "h" deste artigo.
>
> (Grifos nossos)

Pela leitura da LCE 327/2019 pode-se inferir que a "*Gratificação pelo exercício cumulativo de jurisdição ou acumulação de acervo processual*", objeto da presente impetração, abrange algumas das verbas classificadas como de *caráter eventual* elencadas no inciso II do artigo 5º da Resolução n. 13/2006,

enquadrando-se nas alíneas *c* (exercício cumulativo de atribuições) e *d* (substituições), o que também evidencia o indiscutível caráter de contraprestação à atividade suplementar atribuída ao magistrado.

Nessa linha de entendimento, apresenta-se de todo irrelevante para o deslinde da controvérsia o alegado fato novo deduzido pelo recorrente, consubstanciado na edição da Portaria Normativa n. 52/2021 - GP1, pela singela razão de que tal espécie de ato infralegal não tem o condão de se sobrepor aos ditames contidos expressamente na Lei Complementar Estadual 327/2019.

Também, melhor sorte não socorre ao recorrente no que tange à retribuição para o exercício da Direção do Fórum, prevista na Lei Complementar Estadual 239/2014 (fls. 73/74):

> *Art. 1º* O art. 1º da Lei Complementar n. 129, de 21 de julho de 2006, passa a vigorar com as seguintes alterações:
>
> Art. 1º...
>
> VIII — retribuição de 10% (dez por cento) do valor do respectivo subsídio mensal, quando substituir respondendo cumulativamente com o exercício da jurisdição que titulariza;
>
> IX — retribuição de 5% (cinco por cento) do valor do respectivo subsídio mensal pelo *exercício da Direção do Fórum*.
>
> .....
>
> § 4º As vantagens descritas nos incisos III e IV não são acumuláveis com aquela prevista no inciso VIII, prevalecendo, todavia, o maior percentual, quando mais de uma situação vier a ocorrer.
>
> *§ 5º A retribuição de que trata o inciso IX não será devida nos afastamentos, salvo nos casos de férias, licença-maternidade, licenças para tratamento da própria saúde ou de pessoa da família, ou outros afastamentos inferiores a dez dias*.
>
> § 6º A retribuição descrita no inciso IX também não será devida em relação aos Fóruns Distritais e nas substituições inferiores a dez dias. (NR)
>
> *Art. 2º* As despesas decorrentes da aplicação desta Lei Complementar devem correr à conta das dotações consignadas no Orçamento do Estado de Sergipe para o Poder Judiciário.
>
> [...]
>
> (Grifos nossos)

Da leitura desse dispositivo legal c/c o art. 5º, II, *b*, da Resolução/CNJ n. 13/2006, acima transcrita, extrai-se que a retribuição financeira em questão também possui caráter eventual e temporário, na medida em que vinculada ao exercício da Direção do Fórum pelo magistrado designado.

Ressalta-se, ainda, que, existindo previsão legal expressa no sentido de que o pagamento da referida vantagem somente seria devido nos casos de afastamentos vinculados a "*férias, licença-maternidade, licenças para tratamento da própria saúde ou de pessoa da família, ou outros afastamentos inferiores a dez dias*", torna-se inviável estender tal comando normativo à hipótese ali não contemplada, ante a necessidade de reverência ao princípio de hermenêutica segundo o qual "*não compete ao intérprete distinguir onde o legislador, podendo, não o fez, sob pena de violação do postulado da separação dos poderes*" (*AgInt no REsp 1.609.787/RS*, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, *Segunda Turma*, DJe 10/11/2017).

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso em mandado de segurança.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.222.547-RS (2010/0213489-0)

Relatora: Ministra Regina Helena Costa
Recorrente: Vonpar Refrescos S/A
Advogados: Gustavo Nygaard e outro(s) - RS029023
Rafael Mallmann - RS051454
Bruno Rodrigues Teixeira de Lima - DF031591
Recorrido: Fazenda Nacional
Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Recurso especial. Código de Processo Civil de 1973. Aplicabilidade. Violação ao art. 535 do CPC/1973. Não ocorrência. IRPJ. CSLL. Base de cálculo. Incentivo fiscal. Regime especial de pagamento do ICMS. PRODEC. Pretensão de caracterização como renda ou lucro. Pacto federativo. Impossibilidade.

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

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

III - Configura ilegalidade exigir, das empresas submetidas ao regime especial de pagamento do Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense - PRODEC, a integração, à base de cálculo do IRPJ e da CSLL, do montante obtido com o incentivo fiscal outorgado pelo Estado de Santa Catarina, qual seja, o "[...] pagamento diferido do ICMS, relativo a 60% sobre o incremento resultante pelo estabelecimento da empresa naquele Estado-membro, e que será adimplido no 36º mês, sem correção monetária, sendo devidos apenas juros simples anuais de 4% (quatro por cento) [...]".

IV - Ao considerar tal soma como lucro, o entendimento manifestado pelo Fisco (Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 22/2003), 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.

V - Tal orientação leva ao esvaziamento ou redução do incentivo fiscal legitimamente outorgado pelo ente federativo, em especial porque fundamentado exclusivamente em ato infralegal.

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

VII - 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.

VIII - 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.

IX - 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.

X - 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.

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 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, sob outro figurino, resultará no repasse dos custos adicionais às mercadorias.

XIII - A base de cálculo do tributo haverá sempre de guardar pertinência com aquilo que pretende medir, não podendo conter aspectos absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência.

XIV - A 1ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o EREsp n. 1.443.771/RS, assentou que o crédito presumido de ICMS, a par de não se incorporar ao patrimônio da contribuinte, não constitui lucro, base imponível do IRPJ e da CSLL, sob o entendimento segundo o qual 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. Axiologia da *ratio decidendi* que afasta, igualmente, a pretensão de caracterização, como renda ou lucro, de montante outorgado, de igual forma, no contexto de incentivo fiscal relativo ao ICMS, o qual fora estabelecido, neste caso, no bojo do Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense - PRODEC.

XV - Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 08 de março de 2022 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 16.3.2022

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de Recurso Especial interposto pela ***Vonpar Refrescos S.A.*** contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento de apelação, assim ementado (fl. 138e):

> Tributário. IRPJ. CSLL. Subvenção para investimento. ICMS. Pagamento diferido. Impossibilidade.
>
> 1. O pagamento diferido do ICMS não equivale a subvenção para investimento.
>
> 2. Os juros e as atualizações monetárias sujeitos à condição suspensiva, como no caso do pagamento diferido do ICMS, configuram-se em incentivo sujeito à condição resolutiva, pelo que há de aplicar o Ato Declaratório interpretativo SRF n. 22/2003.

3. Face à condição suspensiva desses juros e correção monetária, as despesas não ocorreram ainda, pelo que não há como apropriar-se delas na apuração do resultado.

4. Apelo desprovido.

Opostos Embargos de Declaração, foram parcialmente acolhidos "[...] apenas para fins de prequestionamento" (fls. 149/153e; e fl. 151e).

Interposto Recurso Especial com amparo no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, a Recorrente aponta ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, alegando, em síntese:

I. Arts. 128, 460 e 535, II, do Código de Processo Civil – "[...] a sentença e o acórdão não apreciaram todas as causas de pedir elencadas na inicial. Em sua exordial, a ora recorrente sustentou seu pedido nas seguintes causas de pedir: [...] b) Independentemente da condição acima ser suspensiva ou resolutiva, incompatibilidade do ADI n. 22 com o art. 38, § 2º do DL 1598/77, com o art. 443, I, do RIR/99, com o conceito doutrinário e legal (Lei das S/A) de subvenção para investimento e com o benefício concedido pelo Estado de SC à recorrente, pois: b.1) o conceito doutrinário de "subvenção para investimento" é toda a vantagem fiscal concedida pelo Poder Público como contrapartida para a implantação ou expansão de empreendimentos; b.2) o Decreto-Lei n. 1.598/77, art. 38, § 2º, expressamente prevê que os valores ou vantagens concedidas pelo Poder Público para estimular a implantação ou expansão de empreendimentos econômicos, não integram o resultado tributável, devendo ser diretamente contabilizados à conta de reserva de capital, não sendo, portanto, alcançado pelo IRPJ e CSLL (conforme expressamente consta no art. 443, I, do RIR/99" (fls. 161/162e);

II. Arts. 125, 126, 127 e 128 do Código Civil – "[...] se suspensiva fosse a condição, a Recorrente não teria o direito de recolher o ICMS diferido em 36 meses contados da data da ocorrência do fato gerador. Como ela possui tal direito desde então, aplicam-se os arts. 119 do Código Civil de 1916 e 127 e 128 do atual Código Civil, de idêntico conteúdo normativo, nitidamente contrariados pelo acórdão recorrido" (fl. 167e); e

III. Arts. 38, § 2º, do Decreto-Lei n. 1.598/1977 e 443, I, do RIR/1999 – "A dispensa de correção monetária e juros moratórios representa hipótese de redução do imposto porque implicam na redução do montante do crédito tributário decorrente da obrigação principal" (fl. 170e).

Com contrarrazões, o recurso foi admitido (fls. 185/189e; e fls. 191/192e).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa (Relatora):

I. Da admissibilidade do Recurso Especial

De acordo com o decidido pelo Plenário desta Corte, na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

Consigno que as questões federais debatidas se encontram satisfatoriamente prequestionadas.

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

O exame da apontada pretensão não demanda reexame fático-probatório, uma vez que todos os aspectos factuais e os processuais estão clara e suficientemente delineados no acórdão recorrido.

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

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

No tocante às apontadas omissões do acórdão recorrido acerca de todas as causas de pedir elencadas na exordial da presente demanda, destaco que o tribunal de origem enfrentou a controvérsia apresentada de forma satisfatória, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável.

Denota-se não haver omissão, contradição ou obscuridade no julgado impugnado, mas mera insistência recursal da Recorrente, que não se coaduna com as hipóteses do art. 535 do CPC/1973.

Haverá contrariedade ao art. 535 do estatuto processual civil – norma, repita-se, vigente por ocasião do julgamento na origem – quando a contradição/

omissão disser respeito à/ao fundamentação exposta/pedido, e não quando os argumentos invocados não restarem estampados no julgado, como pretende a Recorrente.

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

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

III. Delimitação da controvérsia

A ***Vonpar Refrescos S.A.***, ora Recorrente, pretende "[...] que os ganhos obtidos mediante incentivo fiscal concedido pelo Estado de Santa Catarina, através do Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense - PRODEC, sejam considerados como subvenção para investimento, de modo a não sofrer incidência do imposto sobre a renda e de contribuição social sobre tais valores" (fl. 133e do acórdão recorrido).

Discute-se, portanto, se tal regime especial de pagamento de imposto estadual, consistente no adimplemento "[...] diferido do ICMS, relativo a 60% sobre o incremento resultante pelo estabelecimento da empresa naquele Estado-membro, e que será adimplido no 36º mês, sem correção monetária, sendo devidos apenas juros simples anuais de 4% (quatro por cento) [...]", constitui lucro, base imponível do IRPJ e da CSLL.

Antes de delinear o ponto central para o adequado enfrentamento da controvérsia no contexto jurisprudencial atual, cumpre detalhar, brevemente, os contornos nos quais exsurge o montante objeto da tributação federal.

IV. Do regime especial de pagamento do ICMS no âmbito do Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense - PRODEC

A integração, à base de cálculo do IRPJ e da CSLL, do montante obtido com o incentivo outorgado pelo Estado de Santa Catarina no bojo do Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense - PRODEC, impõe a análise da natureza do "[...] pagamento diferido do ICMS, relativo a 60% sobre o

incremento resultante pelo estabelecimento da empresa naquele Estado-membro, e que será adimplido no 36º mês, sem correção monetária, sendo devidos apenas juros simples anuais de 4% (quatro por cento) [...]".

A rigor, cuida-se de desoneração fiscal, uma vez que o Estado de Santa Catarina efetivamente promoveu alívio fiscal à empresa produtora Recorrente, desobrigando-a do adimplemento no vencimento em data ordinária, bem ainda de parte dos juros moratórios aplicáveis, e da integralidade da soma relativa à incidência de correção monetária do período.

Ensina Roque Antônio Carrazza que os incentivos distinguem-se de benefícios fiscais, porquanto estes últimos "[...] são concedidos 'de mão beijada', isto é, sem que o contribuinte tenha que fazer algo, em favor do Estado, para usufruí-los" (*Curso de Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 1.035).

Diversamente, no caso de incentivo fiscal, a tônica do instituto é sinalagmática. Na espécie, há previsão de contrapartida do segmento empresarial contemplado – no caso, a implementação de "[...] projeto de expansão com aumento da capacidade atual de produção da linha PET, passando de 1.366.820 hectolitros/ano de refrigerantes para 3.018.730 hectolitros/ano [...]" (fl. 30e).

Isso considerado, conquanto o debate tenha sido travado, até o momento, em torno da categorização do incentivo fiscal em tela, o ponto a ser desvendado, em verdade, diz com o cabimento, diante do pacto federativo, da tributação da apontada ação indutora de comportamento de empresa do setor produtivo, a qual se dá por meio de desoneração relativa ao ICMS.

V. A incidência de Imposto sobre a Renda - IR e Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido - CSLL no âmbito da outorga de incentivo fiscal de ICMS à luz do contexto federativo

A Constituição da República contempla o Imposto sobre a Renda dentre aqueles de competência da União, acrescentando que "será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei"; e, de igual modo, a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL encontra-se inserida no âmbito da União:

> Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:
>
> [...]
>
> III - renda e proventos de qualquer natureza;

> [...]
>
> § 2º O imposto previsto no inciso III:
>
> I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;
>
> [...]
>
> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
>
> I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:
>
> [...]
>
> c) o lucro;
>
> [...]

Vale recordar 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.

Saliente-se tratar-se de tributo que, por constituir uma das principais fontes de receita para custeio do aparato estatal daquelas pessoas políticas, assegura condições para o exercício desembaraçado da *autonomia* constitucionalmente conferida às unidades da Federação.

A concessão de incentivo por Estado-membro ou pelo Distrito Federal, observados os requisitos legais, configura, portanto, instrumento legítimo de política fiscal para materialização dessa autonomia consagrada pelo modelo federativo. Embora represente renúncia à 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.

Cabe lembrar, outrossim, 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 socioeconômico entre as diferentes regiões do País" – destaquei), 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").

A questão exige a observância de 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.

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 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 a doutrina, ao analisar a pretensão de que o crédito de ICMS poderia integrar as bases de cálculo do PIS e da COFINS, o tão conhecido Tema n. 69/RG, 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.

Outrossim, o abalo na credibilidade 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.

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).

No tocante à base de cálculo do tributo, impende destacar que essa haverá sempre de guardar conformidade com aquilo que pretende medir, não podendo conter aspectos estranhos, é dizer, absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência.

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 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 enfatizar, 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. (destaquei).

Visto o aspecto normativo, passo ao exame da jurisprudência pertinente.

VI. Panorama jurisprudencial

No plano jurisprudencial, não há precedentes específicos acerca do incentivo fiscal em tela – "[...] pagamento diferido do ICMS, relativo a 60% sobre o incremento resultante pelo estabelecimento da empresa naquele Estado-membro, e que será adimplido no 36º mês, sem correção monetária, sendo devidos apenas juros simples anuais de 4% (quatro por cento) [...]" – no âmbito da 1ª Seção e respectivas Turmas.

Porém, no que toca à inclusão do crédito presumido de ICMS na base de cálculo do IRPJ e CSLL, discussão correlata e, de igual forma, concernente ao apontado tributo estadual, oportuno rememorar da orientação desta Corte:

> 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. 11.945/09, 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.

(EREsp 1.517.492/PR, de minha relatoria para o acórdão, Primeira Seção, julgado em 08/11/2017, DJe 01/02/2018).

No bojo desse paradigmático recurso, a 1ª Seção, ao apreciar os Embargos de Declaração opostos pela ***Fazenda Nacional***, consignou que "[...] a pretensão de enquadramento dos créditos presumidos de ICMS *numa ou noutra categoria de subvenção* não tem o condão de interferir – menos ainda de elidir – a fundamentação adotada pelo acórdão embargado, calcada na ofensa ao princípio federativo" (destaquei).

E o voto condutor do apontado *decisum* integrativo, igualmente de minha lavra, prossegue:

> Não bastasse isso, a 1ª Seção, ao assentar a inviabilidade da inclusão de tais créditos nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, também o fez com amparo em precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal, julgado em repercussão geral, de cuja lógica e matriz argumentativa se extrai, apropriadamente, que o crédito de ICMS, a par de não se incorporar ao patrimônio do contribuinte, *não constitui lucro*.
>
> Por conseguinte, uma vez *ausente a própria materialidade da hipótese de incidência do IRPJ e da CSLL*, revela-se desinfluente, também sob esse viés, a classificação pretendida pela Embargante.
>
> (destaques do original).

Ulteriormente, tal entendimento fora reafirmado pela 1ª Seção, inclusive com referência expressa pela inaplicabilidade da cláusula de reserva de plenário:

> Processo Civil e Tributário. Embargos de divergência em recurso especial. Código de Processo Civil de 1973. Aplicabilidade. Créditos do Reintegra. Incidência de IRPJ e da CSLL. Divergência. Demonstração. Ausência. ICMS. Créditos presumidos concedidos a título de incentivo fiscal. Inclusão nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Inviabilidade. Tributação fundada em atos infralegais. Interferência da União na política fiscal adotada por Estado-Membro. Ofensa ao princípio federativo e à segurança jurídica. Base imponível. 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. Cláusula de reserva de plenário. Inaplicabilidade. Precedentes. Recurso com o mister de conformar o acórdão embargado à tese já fixada e consolidada deste STJ.
>
> [...]
>
> IV - A discussão cognoscível cinge-se à exclusão de crédito presumido do ICMS das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, tema já pacificado por esta Seção na

apreciação do EREsp n. 1.517.492/PR, de minha relatoria para o acórdão, julgado em 08.11.2017, DJe 01.02.2018, e reafirmado por tal órgão jurisdicional, inclusive com referência expressa pela inaplicabilidade da cláusula de reserva de plenário no AgInt nos EDv nos EREsp n. 1.603.082/SC, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, julgado em 03.12.2019, DJe 05.12.2019.

V - 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.

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

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

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

IX - 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.

X - 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.

XI - 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.

XII - 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.

XIII - 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, CR).

XIV - 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.

XV - 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, sob outro figurino, resultará no repasse dos custos adicionais às mercadorias, tornando inócua, ou quase, a finalidade colimada pelos preceitos legais, aumentando o preço final dos produtos especificados.

XVI - A base de cálculo do tributo haverá sempre de guardar pertinência com aquilo que pretende medir, não podendo conter aspectos absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência.

XVII - 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.

XVIII - 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 de que o valor de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, constituindo mero ingresso de caixa, cujo destino final são os cofres públicos. Axiologia da *ratio decidendi* que afasta, com ainda mais razão, a pretensão de caracterização, como renda ou lucro, de créditos presumidos outorgados no contexto de incentivo fiscal.

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

XX - Recurso que cumpre o singelo mister de conformar o acórdão embargado à tese já fixada e consolidada deste Superior Tribunal de Justiça (EREsp n. 1.517.492/PR).

> XXI - Embargos de Divergência conhecidos em parte e, nessa extensão, providos.
>
> (EREsp 1.443.771/RS, de minha relatoria para o acórdão, Primeira Seção, julgado em 14/04/2021, DJe 28/04/2021).

Por fim, no tocante à entrada em vigor da Lei Complementar n. 160/2017, que alterou o disposto no art. 30 da Lei n. 12.973/2014, esta Corte fixou a compreensão segundo a qual a superveniência da apontada Lei Complementar, a qual categorizou o incentivo fiscal estadual como subvenção para investimento, *não tem o condão de alterar o entendimento* deste Superior Tribunal de Justiça de que a tributação federal do crédito presumido de ICMS representa violação do princípio federativo:

> Tributário. Agravo interno nos embargos de divergência em recurso especial. Crédito presumido de ICMS. Inclusão. Bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Impossibilidade. Superveniência da Lei Complementar n. 160/2017. Inaplicabilidade.
>
> 1. A Primeira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento dos EREsp 1.517.492/PR, pacificou o entendimento da não inclusão do crédito presumido de ICMS nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, ao fundamento de que a incidência de tributo federal sobre o incentivo fiscal de ICMS ofenderia o princípio federativo.
>
> 2. *A superveniência da Lei Complementar n. 160/2017, que promoveu alteração no art. 30 da Lei n. 12.973/2014, e passou a enquadrar o incentivo fiscal estadual como subvenção para investimento, não tem o condão de alterar o entendimento desta Corte de que a tributação federal do crédito presumido de ICMS representa violação do princípio federativo*.
>
> 3. Os EREsp 1.210.941/RS citado no agravo interno como pendente de julgamento, abrange situação diversa da tratada nos autos. Cumpre destacar que, naquela ocasião reconheceu-se a possibilidade de inclusão de crédito presumido de IPI na base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Já o fundamento adotado nos EREsp 1.517.492/SC, aplicado ao caso dos autos, tem como fundamento a ofensa ao princípio federativo, em decorrência da incidência de tributo federal sobre o incentivo fiscal de ICMS, circunstância que não se verifica, no caso do IPI.
>
> 4. Agravo interno a que se nega provimento.
>
> (AgInt nos EREsp 1.528.697/SC, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 29/06/2021, DJe 12/08/2021 – destaquei).

Anotado o panorama jurisprudencial concernente à controvérsia similar, mormente sob o ponto de vista do princípio federativo, prossigo com a análise da pretensão deduzida.

VII. O caso concreto

No âmbito administrativo, após consulta formalizada ao Fisco, não se reconheceu o direito pleiteado, consoante consignado no Parecer Disit n. 59/2004, tendo sido apontado o Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 22/2003 como fundamento do *decisum*.

A autoridade coatora, por sua vez, aponta que o proveito advindo do regime especial de pagamento do ICMS configura, tão somente, redução de custos e despesas (fl. 71e).

A Corte regional, por seu turno, assentou, adotando as razões lançadas no parecer ministerial, sua compreensão calcada, de igual forma, no quanto fixa o mencionado Ato Declaratório Interpretativo SRF, o qual "dispõe sobre o tratamento de incentivos concedidos pelo Poder Público às pessoas jurídicas, consistentes em empréstimos subsidiados ou regimes especiais de pagamento de impostos, em que os juros e a atualização monetária contratados incidem sob condição suspensiva", assim expresso:

> O *Secretário da Receita Federal*, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 209 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF n. 259, de 24 de agosto de 2001, e tendo em vista o disposto nos arts. 374, 377 e 443 do Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999 - Regulamento do Imposto de Renda (RIR, de 1999), e o que consta do processo n. 10768.028583/98-01, declara:
>
> Art. 1º Os incentivos concedidos pelo Poder Público às pessoas jurídicas, consistentes em empréstimos subsidiados ou regimes especiais de pagamento de impostos, em que os juros e a atualização monetária, previstos contratualmente, incidem sob condição suspensiva, não configuram subvenções para investimento, nem subvenções correntes para custeio.
>
> Parágrafo único. *Os incentivos de que trata o caput configuram reduções de custos ou despesas, não se aplicando o disposto no art. 443 do RIR, de 1999.*
>
> Art. 2º Os juros e a atualização monetária contratados, incidentes sob condição suspensiva, serão considerados despesas na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), quando implementada a condição.
>
> *Jorge Antonio Deher Rachid*
>
> (Publicado no DOU de 31/10/2003 – destaquei).

Além desse fundamento, o Tribunal de origem anotou: (*i*) o diferimento do pagamento não representa renúncia do Fisco ao tributo, aos juros e à

correção monetária, pois há, tão somente, adimplemento em parcela única em data diversa; (*ii*) os juros e a correção monetária são despesas não incorridas enquanto não implementada a condição suspensiva, sendo inviável, neste passo, sua apropriação no resultado do período; e (*iii*) a hipótese configura mera redução de custos ou despesas (fls. 134/137e).

In casu, trata-se de alívio fiscal na modalidade *incentivo*, indutor do desenvolvimento econômico regional, cujo objeto se refere à "concessão de incentivo do PRODEC [Programa de desenvolvimento da Empresa Catarinense] para o projeto de expansão com aumento da capacidade atual de produção da linha PET, passando de 1.366.820 hectolitros/ano de refrigerantes para 3.018.730 hectolitros/ano [...]" (fl. 30e). verifica-se, de fato, interferência na política fiscal, regime especial de pagamento, adotada pelo Estado-membro – Santa Catarina – mediante o exercício de competência tributária federal.

A outorga de prazo estendido para o pagamento de ICMS, com redução de encargos (integralidade da atualização monetária incidente no período; e parcela dos juros aplicáveis) insere-se em contexto de envergadura constitucional, instituída por legislação local específica do ente federativo tributante.

É esse montante, em torno do qual gravitam tais aspectos, que se pretende ver incluído nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, com fulcro, tão somente, em disposição contida em ato infralegal (Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 22/2003), *olvidando a ausência da própria materialidade da hipótese de incidência do IRPJ e da CSLL*.

Compreensão contrária conduziria, outrossim, ao esvaziamento ou redução do incentivo fiscal legitimamente outorgado pelo ente federativo, consoante já assentado por este Superior Tribunal de Justiça em relação a incentivo – crédito presumido de ICMS – de idêntico contexto federativo.

Nesse cenário, considerar o valor advindo da postergação do pagamento de ICMS, com redução de encargos (atualização monetária; e parcela dos juros aplicáveis) como *lucro* 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 ao produtor de bebidas*.

Neste passo, exsurge com clareza que a *ratio decidendi* verificada nos precedentes concernentes ao crédito presumido de ICMS na base de cálculo das exações em tela, reconhecido incentivo fiscal, revela-se apropriada para o deslinde da presente controvérsia, na qual está em análise, de igual forma, no contexto federativo, outro incentivo fiscal, também ancorado na sistemática de tributação do ICMS.

Deve, assim, ser reformado o acórdão regional que considerou legítima a tributação ora examinada.

Prejudicado o exame da suposta violação aos arts. 128 e 460, ambos do CPC/1973; e dos arts. 125, 126, 127 e 128, todos do Código Civil de 2002.

Posto isso, ***dou provimento*** ao Recurso Especial para ***conceder a segurança***, reconhecendo a ilegitimidade da inclusão do montante decorrente da "contabilização do ganho obtido com o incentivo fiscal concedido pelo Estado de Santa Catarina" na base de cálculo do IRPJ e da CSLL (fl. 16e), desde que ultimado, ao tempo e modo, o respectivo contrato firmado com o Estado-Membro, nos termos expostos.

Indevidos honorários advocatícios, a teor do disposto na Súmula n. 105/STJ.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de recurso especial interposto por *Vonpar Refrescos S.A.* com base na alínea "a" do permissivo constitucional para desafiar acórdão proferido pela Corte Regional assim ementado:

> Tributário. IRPJ. CSLL. Subvenção para investimento. ICMS. Pagamento diferido. Impossibilidade.
>
> 1. O pagamento diferido do ICMS não equivale a subvenção para investimento.
>
> 2. Os juros e as atualizações monetárias sujeitos à condição suspensiva, como no caso do pagamento diferido do ICMS, configuram-se em incentivo sujeito à condição resolutiva, pelo que há de aplicar o Ato Declaratório interpretativo SRF n. 22/2003.
>
> 3. Face à condição suspensiva desses juros e correção monetária, as despesas não ocorreram ainda, pelo que não há como apropriar-se delas na apuração do resultado.
>
> 4. Apelo desprovido.

Os embargos de declaração opostos foram acolhidos, em parte, para fins de prequestionamento (e-STJ fls. 149/153).

Em suas razões recursais, a parte recorrente alega violação dos seguintes dispositivos legais:

- arts. 128, 460 e 535, II, do CPC/1973, porque entende que o acórdão recorrido deixou de se manifestar sobre todas as causas de pedir autônomas contidas na petição inicial;

- arts. 38, § 2º do Decreto-Lei n. 1.598/77 e 443, I, do RIR/99, porque o benefício fiscal concedido pelo Estado de Santa Catarina deve ser considerado como subvenção para investimento e, por isso, não deve sofrer a incidência do IRPJ e da CSLL (e-STJ fls. 820/821).

Contrarrazões apresentadas (e-STJ fls. 185/189).

Decisão de admissibilidade à e-STJ fls. 192/192.

Pois bem, após o bem-lançado voto da em. Ministra Regina Helena Costa, em que deu provimento ao recurso especial, pedi vista dos autos para melhor exame da controvérsia.

A questão jurídica trazida a esta Corte Superior diz respeito a definir se o incentivo fiscal concedido pelo Estado de Santa Catarina (diferimento do pagamento do ICMS em 36 meses, acrescido de juros simples de 4% ao ano e sem correção monetária), deve ser classificado como subvenção para investimento e, sendo assim, não componente da base de cálculo do do IRPJ e da CSLL.

A ora recorrente defende que sim. Para tanto, aduz que (e-STJ fl. 167):

> No caso concreto, considerando que o valor concedido pelo Estado de Santa Catarina a título de benefício fiscal (a diferença entre os juros que o Estado de Santa Catarina cobraria, no caso de atraso, ou parcelamento, do ICMS - caso o pagamento do imposto ocorresse trinta e seis meses após o prazo normal de vencimento da obrigação e que corresponde à variação da Taxa SELIC - e o valor efetivamente cobrado em função deste incentivo - 4% a. a.) pode ser imediatamente utilizado e que a Recorrente está sujeita às penalidades contratualmente previstas (dentre as quais a suspensão da utilização dos créditos da própria perda do incentivo) se vierem a ocorrer as hipóteses previstas na Cláusula Nona do Contrato n. o 007/2001, dúvidas não há que a condição imposta é *resolutiva*.

A Fazenda Nacional, por sua vez, defende a manutenção do acórdão recorrido, pois considera que (e-STJ fl. 188):

> Não há base legal à pretensão de que incentivos concedidos pelo Poder Público sejam considerados subvenções de investimento. Na realidade, incentivos tais como os noticiados nos autos constituem redução de custos ou despesas.

> Importante observar que tais incentivos dados por Estados-membros a empresas instalada na região, consistentes em empréstimos subsidiados ou regime especial de pagamento de ICMS, em que os juros e a correção monetária estão previstos contratualmente sob condição suspensiva não configuram subvenções de investimento, ao contrário do entendimento sustentado pela recorrente, já que no sentido técnico-contábil as vantagens advindas não têm natureza de receitas ou de resultados. Tais vantagens configuram meras reduções de custos ou despesas. Ainda que subvenções fossem, não seriam subvenções na modalidade de investimento, já que os recursos não desembolsados podem reforçar o capital de giro, como convier à beneficiária, sem a necessária aplicação em ativo mobilizado.

As instâncias ordinárias denegaram a ordem.

Pois bem.

Quanto à alegada ofensa ao art. 535, II, do CPC/73, não se vislumbra nenhum equívoco ou deficiência na fundamentação contida no acórdão recorrido, sendo possível observar que o Tribunal de origem apreciou integralmente a controvérsia e apontou as razões de seu convencimento, não se podendo confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

Ademais, consoante entendimento desta Corte, o magistrado não está obrigado a responder a todas as alegações das partes, tampouco a rebater um a um de todos os seus argumentos, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como ocorre na espécie.

Quanto ao mérito, a questão posta nos autos não se limita a saber se o incentivo fiscal ora em discussão deve ser considerado subvenção de investimento, ou não. Na hipótese, verifica-se que a tentativa da Fazenda Nacional em tributar tais valores, incluindo-os na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, constitui verdadeira afronta ao princípio federativo, conforme este Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar, em situação que a tudo se assemelha com a questão jurídica ora controvertida.

No julgamento do EREsp 1.517.492/PR, a Primeira Seção desta Corte Superior, decidiu que a incidência de tributo federal sobre incentivo fiscal (crédito-presumido de ICMS) ofenderia o princípio federativo. Esta a ementa do julgado:

> 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 sobre princípio 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. 11.945/09, 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.

(EREsp 1.517.492/PR, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 08/11/2017, DJe 01/02/2018)

Ressalto que, embora a hipótese ora tratada não seja idêntica ao precedente citado, cumpre observar que ambos os julgados tratam de incentivo fiscal relativo ao ICMS, devendo, por isso, ser aplicado o mesmo entendimento.

Ante o exposto, nos termos da fundamentação supra, acompanho a eminente Ministra relatora e *dou provimento* ao recurso especial, concedendo a segurança para que os valores referentes ao ganho obtido com o incentivo fiscal em referência não sofram a incidência do IRPF e da CSLL, uma vez ultimado, ao tempo e modo, o respectivo contrato firmado com o Estado-Membro.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.709.727-SE (2016/0173813-0)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves
Recorrente: N R A B - por si e representando
Recorrente: J D de V N - Menor impúbere
Advogados: Francisco Cláudio de Almeida Santos e outro(s) - DF012742
Eliene Ferreira Bastos - DF011781
Vanessa de Castro Doria Melo e outro(s) - SE004822
Recorrido: Departamento Estadual de Infra-Estrutura Rodoviaria de Sergipe - DER/SE
Advogados: Frederico Galindo de Góes - SE004552
Carla Fonseca Fernandes de Brito e outro(s) - SE005566

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Responsabilidade civil do Estado. Violação do art. 535 do CPC/1973.

Não ocorrência. Acidente de trânsito em rodovia estadual. Óbito da vítima. Omissão estatal quanto ao dever de conservação e sinalização da via pública. Danos materiais devidos. Danos morais fixados em valor irrisório. Necessidade de majoração.

1. Tendo o recurso sido interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/1973, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 2/2016/STJ.

2. Os autos são oriundos de ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada contra o departamento de Estradas e Rodagens de Sergipe, em face da morte do pai e companheiro dos autores, decorrente de acidente de veículo em rodovia estadual, ocasionado por cratera não sinalizada na via.

3. Não há violação do artigo 535 do CPC/1973 quando o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia.

4. O Tribunal de origem reconheceu a conduta omissiva e culposa do ente público, relacionada ao dever de sinalização da via pública, sobretudo no ponto onde havia a cratera que dificultava a livre circulação e segurança dos veículos. Porém, deu parcial provimento ao apelo dos autores, condenando o demandado tão somente ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), sendo R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada recorrente. Em relação ao danos materiais, registrou não terem sido comprovados.

5. Ao assim proceder, a acórdão *a quo* divergiu da jurisprudência desta Corte no sentido de que, reconhecida a responsabilidade estatal pelo evento morte, é devida a indenização por danos materiais aos filhos menores e ao cônjuge, cuja dependência econômica é presumida, mormente em família de baixa renda, dispensando a demonstração por qualquer outro meio de prova. Precedentes: AgInt no REsp 1.880.254/MT, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 25/03/2021; AgInt no REsp 1.880.112/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11/12/2020; AgInt no REsp 1.603.756/MG, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12/12/2018; AgInt no REsp 1.554.466/RJ, Rel. Min. Assusete

Magalhães, Segunda Turma, DJe 22/8/2016; AgInt no AREsp 1.517.574/RJ, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 04/02/2020; AgInt no AREsp 1.551.780/MS, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16/12/2019.

6. Nesse passo, é de se condenar o réu ao pagamento de pensão aos recorrentes no valor correspondente a 2/3 do salário mínimo, a serem pagos até a expectativa média de vida da vítima, segundo a tabela do IBGE na data do óbito, ou até o falecimento da viúva, com a reversão em favor exclusiva desta após o menor completar 24 anos de idade. Precedente: AgRg no REsp 1.388.266/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/05/2016.

7. Diante da irrisoriedade do valor estabelecido pelas instâncias ordinárias à título de danos morais, deve ser majorado para R$ 100.000,00 (cem mil reais), conforme a parâmetros de julgados desta Corte. Precedentes: AgInt no AREsp 1.517.574/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 4/2/2020; AgInt no REsp 1.685.425/AM, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20/9/2019; AgInt no REsp 1.658.378/PB, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 2/9/2019.

8. Recurso parcialmente provido, para fixar os danos materiais e majorar os danos morais, nos termos supra.

ACÓRDÃO

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

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

Brasília (DF), 05 de abril de 2022 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 11.4.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto N. R. A. B., por si e representando o menor impúbere J. D. de V. N., com fundamento no artigo 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo TJ/SE, assim ementado (fl. 602/603):

> Apelação cível. Ação de indenização por danos materiais e morais. Responsabilidade objetiva. Acidente de trânsito. Caminhão que caiu em buraco de 15 (quinze) metros de profundidade. Morte do motorista. Ausência de sinalização. Não comprovação de culpa exclusiva ou concorrente da vítima Sentença que julgou improcedentes os pedidos. Recurso visando reparação por danos morais e materiais. Dano material não comprovado. Dano moral devidamente caracterizado Omissão estatal. Ausência de conservação e sinalização da via pública. Recurso conhecido e parcialmente provido, para fixar a indenização por danos morais em 20.000,00 (vinte mil reais), sendo r 10.000,00 (dez mil reais) para cada recorrente.
>
> 1. Comprovados o ato ilícito, o nexo causal e, os danos morais suportados, resta evidente, o dever de indenizar suscitado.
>
> 2. *In casu*, o réu quedou-se inerte, não atentando para o dever de sinalizar a via onde ocorrera o infortúnio. Assim procedendo, violou o art. 88 do Código Trânsito Brasileiro e, por conseguinte, as disposições do art. 37 § 6º da Constituição Federal, art. 186 e art. 927 do Código Civil vigente.
>
> 3. A existência de buraco na via pública destinada ao tráfego de veículos, aliada à falta de sinalização e ao fato do mesmo estar coberto de água, são elementos suficientes para excluir qualquer responsabilidade do condutor do caminhão.
>
> 4. Omissão que acarreta na responsabilidade de índole subjetiva do réu, que não comprovou, conforme exige o art. 333, inciso II da Lei Adjetiva Civil, a culpa concorrente ou exclusiva da vítima.
>
> 5. Diante do sofrimento imposto à companheira e filho da vítima, que em razão do acidente veio a falecer, afigura-se correta a fixação dos danos morais em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), sopesando as demais peculiaridades da lide, quando da fixação da quantia pelo abalo moral suportado.

Os embargos de declaração foram rejeitados às fls. 628/637.

Em suas razões, os recorrentes alegam violação do artigo 535 do CPC/1973, ao argumento de que a Corte de origem não se manifestou a respeito de pontos importantes ao deslinde da controvérsia, em especial acerca do pedido de fixação de dano material e da alegação de que a dependência econômica é presumida no caso dos autos.

Quanto às questões de fundo, os recorrentes sustentam, além de dissídio jurisprudencial, ofensa ao art. 16, I e IV, da Lei n. 8.213/1991, defendendo ser presumida a condição dos recorrentes de dependentes econômicos da vítima do evento, sendo, portanto, dispensável a comprovação de que suportam dano material com a morte do pai e companheiro, para que serem agraciados com o pensionamento mensal postulado na inicial.

Adiante, apontam contrariedade ao artigo 927 do CC/2002, ao fundamento de que a responsabilidade civil, no caso, é objetiva, decorrente da ação ou omissão dos agentes públicos, sendo certo que, "*além dos reparos, imediatos da estrada onde aconteceu o evento, o que não foi feito em tempo de evitar o acidente, ou de pelo menos serem colocados avisos de alerta, o recorrido não comprovou a realização de obras preventivas para a proteção da via pública*" (fls. 652).

Por fim, alega que o valor fixado a título de danos morais é irrisório, devendo ser revisados, consoante permitido pela jurisprudência desta Corte.

O MPF opinou pelo pelo conhecimento parcial do recurso e seu não provimento, consoante ementa assim redigida (fls. 829):

> Processual Civil e Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Art. 535 do CPC/73. Alegações genéricas. Súmula n. 284/STF, também aplicável à alegada ofensa ao art. 16 da Lei n. 8.213/91. Ausência de comando normativo capaz de reverter o resultado do julgamento. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Danos materiais. Necessidade de comprovação. Pelo conhecimento em parte do recurso e, nessa extensão, não provimento.

Com contrarrazões às fls. 676/680.

Submetido o feito a julgamento, a Turma, por maioria, conheceu do recurso especial, retornando os autos a este relator para prosseguir no julgamento do seu mérito (fls. 840).

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Consigne-se inicialmente que o recurso foi interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973, devendo ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 2/2016/STJ.

Importante também lembrar que o presente feito já foi anteriormente submetido a julgamento, ocasião em que esta Turma, por maioria, entendeu por

bem super os óbices processuais, para conhecer do recurso especial, retornando os autos a este relator para prosseguir no julgamento de seu mérito (fls. 840).

Dito isso, registra-se que os autos são oriundo de ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada contra o Departamento de Estradas e Rodagens de Sergipe (DER/SE), em face da morte do pai e companheiro dos autores, decorrente de acidente de veículo em rodovia estadual, ocasionado por buraco não sinalizado.

Na sentença, os pedidos foram julgados improcedentes, ao entendimento de que "*não restou comprovada a conduta omissiva da autarquia, para caracterizar a culpa da mesma na morte de Wladimir Meireles de Vasconcelos e Aécio Rodrigues Pereira*" (fls. 539), tendo o evento decorrido de caso fortuito ou força maior (fortes chuvas não previsíveis), a descaracterizar o nexo de causalidade e a responsabilidade estatal.

O Tribunal de origem, por sua vez, após reconhecer a conduta omissiva e culposa do ente público, relacionada ao dever de sinalização da via pública, deu parcial provimento ao apelo dos autores, condenando o demandado ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), sendo R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada recorrente. Em relação ao danos materiais, registrou não terem sido comprovados.

Na presente insurgência, os recorrentes, em suma, pugnam pela responsabilização dos poder público pelos danos materiais sofridos em razão do evento morte, além da majoração dos danos morais fixados na origem em valor irrisórios.

De início, afasta-se a alegada violação do artigo 535 do CPC/1973, porquanto o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia. A tutela jurisdicional foi prestada de forma eficaz, não havendo razão para a anulação do acórdão proferido em sede de embargos de declaração.

Quanto ao mérito, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, a comprovação da conduta omissiva e culposa (negligência na atuação estatal - má prestação do serviço), o dano e o nexo causal entre ambos.

Nesse sentido:

> Administrativo. Processual Civil. Agravo interno. Ação indenizatória. Companhia aberta de exploração de petróleo. Prejuízos de acionistas. Comissão

de Valores Mobiliários. Dever de fiscalização. Omissão. Inocorrência. Inexistência de ofensa ao art. 1.022 do CPC. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Impossibilidade de análise do conteúdo fático-probatório. Incidência da Súmula 7/STJ. Verba honorária. Razoabilidade. Histórico da demanda

(...)

Inexistência de responsabilidade da Administração

8. *A responsabilidade civil da Administração Pública por omissão pressupõe a comprovação, além do dano, da falta do serviço público ao menos por culpa (negligência, imprudência ou imperícia) atribuível ao Estado, bem como do nexo de causalidade entre o dever de agir e o dano. Trata-se de hipótese de responsabilidade subjetiva, e não objetiva (art. 37, § 3º, da CF/1988), dependendo da comprovação do elemento subjetivo*, o que não ocorreu no caso concreto, em que a parte recorrida instaurou processos administrativos para investigar a conduta dos gestores da empresa OGX. Nesse sentido: (RE 369.820. Rel. min. Carlos Velloso. j. 4-11-2003. 2ª T. DJ de 27-2-2004; RE 602.223. AgR/RN. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 9/2/2010. Órgão Julgador: Segunda Turma).

(...)

12. Agravo Interno não provido (AgInt no REsp 1.773.523/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10/09/2019)

Administrativo. Acidente. Obras na rodovia. Ausência de sinalização. Acórdão de origem que atesta o nexo causal, o dano e a proporcionalidade da indenização. Impossibilidade de análise do conteúdo fático-probatório. Incidência da Súmula 7/STJ. Precedentes do STJ

1. Cuida-se de inconformismo contra acórdão do Tribunal a quo que concedeu indenização por danos morais à recorrida em razão de acidente automobilístico sofrido pela sua filha na BR 116.

2. O recorrente claramente almeja reexame do acervo fático-probatório para que seja reconhecida a ausência de comprovação de culpa pela má conservação da via, uma vez que "como consta do boletim de acidente de trânsito (fls. 25), havia sinalização na pista. A falta de atenção dos motoristas à sinalização não pode transferir nenhuma obrigação aos cofres do Estado" (fl. 412).

3. Importante destacar o Acórdão quando atesta a existência do nexo de causalidade entre a atuação do DNIT e o evento danoso, a responsabilidade civil decorrente de conduta omissiva verificada: "Somado aos depoimentos, depreende-se que o acidente ocorreu porque não houve adequada sinalização relacionada à existência de obras no trecho. Foi uma conjugação de causas, portanto: uma falha individual e uma falha do serviço (*fauce du service*)".

4. Observa-se que o órgão julgador decidiu a questão após percuciente análise dos fatos e das provas relacionados à causa, sendo certo asseverar que, para chegar a conclusão diversa, torna-se imprescindível reexaminar o conjunto fático-

probatório constante dos autos, o que é vedado em Recurso Especial. Imiscuir-se na presente aferição encontra óbice no édito 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."

5. Precedentes do STJ: REsp 1.693.792/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2017; AgInt no AREsp 1.303.420/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 29/3/2019; AgInt no AREsp 906.741/PB, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 30/11/2016.

6. Recurso Especial não conhecido (REsp 1.782.133/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 01/07/2019)

Administrativo. Acidente. Obras na rodovia. Buraco na pista. Ausência de sinalização. Acórdão de origem que atesta o nexo causal, o dano e a proporcionalidade da indenização. Impossibilidade de análise do conteúdo fático-probatório. Incidência da Súmula 7/STJ.

1. Cuida-se de inconformismo contra acórdão do Tribunal de origem que condenou o DNIT por acidente sofrido por particular em virtude de ausência de sinalização no local em obras.

2. *No presente caso, não se está a condenar o recorrente pela existência de qualquer buraco na estrada, mas por falta de sinalização em obra, o que gerou estragos, na rodovia, hábeis a causar acidentes, como no caso em concreto*.

3. Importante destacar o Acórdão quando atesta a existência do nexo de causalidade entre a atuação do DNIT e o evento danoso, a responsabilidade civil decorrente de conduta omissiva verificada, o dano moral e a proporcionalidade da indenização.

4. O órgão julgador decidiu a questão após percuciente análise dos fatos e das provas relacionados à causa, sendo certo asseverar que os reexaminar é vedado em Recurso Especial, pois encontra óbice no Édito 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

5. Recurso Especial não conhecido (REsp 1.793.090/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/05/2019)

Processual Civil e Administrativo. Agravo interno no agravo em recurso especial. Responsabilidade civil do Estado. Ato omissivo. Responsabilidade subjetiva. Inexistência de nexo causal e culpa da Administração. Revisão. Impossibilidade. Súmula 7/STJ.

1. *A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos*.

2. No caso dos autos, o Tribunal de origem, com base nos elementos fáticos e nas provas constantes no processo, concluiu pela inexistência de comprovação tanto do nexo de causalidade entre o ilícito civil e os danos experimentados,

quanto da má prestação de serviço público, por atuação culposa da Administração Pública. A revisão da questão demanda o reexame dos fatos e provas constantes nos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Precedentes: AgInt no REsp 1.628.608/PB, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 26/6/2017; AgRg no REsp 1.345.620/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 2/12/2015; AgRg no AREsp 718.476/SP, Rel. Min, Herman Benjamin, Segunda Turmam, DJe 8/9/2015; AgInt no AREsp 1.000.816/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 13/03/2018.

2. Agravo interno não provido (AgInt no AREsp 1.249.851/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 26/09/2018)

Processual Civil e Administrativo. Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação ordinária de indenização. Nuvem de fumaça na rodovia. Falta de visibilidade. Acidente com morte em virtude da colisão entre veículos. Necessidade de dilação probatória. Documentação nos autos. Responsabilidade civil do Estado por omissão não configurada. Princípio do livre convencimento motivado do magistrado. Agravo interno da parte autora a que se nega provimento.

1. Assiste parcial razão à parte agravante no tocante à inaplicabilidade da Súmula 182/STJ, porquanto o REsp somente veicula alegação de violação legal, ou seja, hipótese da alínea a, não podendo, portanto, ser inadmitido o Agravo por ausência de impugnação à inadmissão quanto à divergência jurisprudencial.

2. Em relação às alegadas violações dos arts. 43, 186 e 927 do CC/2002, não há como se admitir o Apelo Raro, porquanto tais argumentos dizem respeito aos requisitos da responsabilidade civil, cuja definição se deu ante a interpretação dos fatos e provas constantes dos autos.

3. Insuscetível de revisão o entendimento da Corte de origem já que os elementos fático-probatórios dos autos permitiram a conclusão de que não houve culpa do DER no acidente que ocasionou a morte do marido da ora autora, em função da pouca visibilidade na estrada, provocada por uma cortina de fumaça oriunda da vegetação localizada ao lado da rodovia. Destarte, a alteração das premissas adotadas no acórdão, exigirá novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em sede de Recurso Especial.

4. Agravo Interno da parte autora a que se nega provimento (AgInt no AREsp 1.000.816/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 13/03/2018).

Administrativo. Responsabilidade civil da Administração Pública. Indenização por dano moral. Acidente de trânsito. Não cabimento de recurso especial por violação de dispositivo constitucional. Ausência de impugnação a fundamento suficiente. Súmula n. 283 do STF. Consonância do acórdão recorrido com jurisprudência do STJ. Análise da divergência prejudicada. Súmula n. 83 do STJ. Recurso especial não conhecido.

I - É defeso a esta Corte apreciar alegação de violação de dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

II - A ausência de impugnação de fundamento autônomo apto para manter o acórdão regional recorrido atrai, por analogia, o óbice do enunciado n. 283 da Súmula do STF.

III - *Consonância do acórdão regional recorrido com a jurisprudência do STJ em relação à aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva à ato omissivo do Estado*, o que prejudica a análise do recurso especial interposto com fundamento na alínea c do dispositivo constitucional, diante do óbice do enunciado n. 83 da Súmula do STJ - "não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

IV - Agravo interno improvido (AgInt no REsp 1.628.608/PB, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 26/06/2017)

Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental em recurso especial. Responsabilidade civil do Estado. Omissão. Responsabilidade subjetiva. Alegada violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. Culpa ou negligência. Ausência de provas. Reexame. Incidência da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido.

(...)

II. *A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que "a responsabilidade civil do estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos"* (STJ, AgRg no AREsp 501.507/RJ, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Segunda Turma*, DJe de 02/06/2014). Em igual sentido: STJ, REsp 1.230.155/PR, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, *Segunda Turma*, DJe de 17/09/2013.

III. Tendo o Tribunal de origem concluído que, no caso, "analisando os documentos trazidos nos autos, estes não demonstram qualquer culpa ou negligência por parte da UFRGS, muito pelo contrário, pois existem várias licenças médicas para tratamento de saúde e procedimento de redaptação deferidos à servidora", entender de forma contrária demandaria o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

IV. Agravo Regimental improvido (AgRg no REsp 1.345.620/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 02/12/2015)

Processual Civil. Agravo regimental. Responsabilidade civil. Revisão da ocorrência de danos morais. Análise do conjunto fático-probatório dos autos. Impossibilidade. Súmula 7/STJ.

1. *A responsabilidade civil do Estado ou de delegatário de serviço público, no caso de conduta omissiva, ocorrerá quando presentes estiverem os elementos que*

> *caracterizam a culpa, a qual se origina do descumprimento do dever legal atribuído ao Poder Público de impedir a consumação do dano* (cf. REsp 1.210.064/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado DJe 31.8.2012).
>
> 2. O Tribunal *a quo* - com base nos elementos fáticos e nas provas constantes no processo - concluiu pela inexistência de nexo de causalidade entre a conduta omissiva da Administração Pública e o fato danoso. Conclusão em sentido contrário do que ficou expressamente consignado no acórdão recorrido demanda reexame do suporte fático-probatório dos autos, vedado em Recurso Especial, conforme Súmula 7/STJ.
>
> 3. Agravo Regimental não provido (AgRg no AREsp 718.476/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 08/09/2015)

No caso dos autos, o Tribunal expressamente assentou que "*o acidente ocorreu por negligência da autarquia, que tinha o dever de sinalizar adequadamente a via pública, sobretudo no ponto onde havia a cratera que dificultava a livre circulação e segurança dos veículos*" (fls. 612).

Resta, portanto, incontroverso nos autos que o acidente com evento morte ocorreu em rodovia estadual, mediante a queda de caminhão em buraco de 15 metros de profundidade, decorrente da ausência de manutenção e fiscalização estatal da via pública, não havendo quaisquer indícios de culpa exclusiva da vítima.

Nesse passo, do contexto fático delineado nos autos, é possível concluir pela existência de omissão culposa por parte do ente público, consubstanciada na inobservância ao dever de fiscalização e sinalização da via pública, bem como pelo nexo causal entre a referida conduta estatal e o evento danoso, que resultou na morte do pai e marido dos recorrentes, causando-lhes, evidentemente, prejuízos materiais e morais, os quais devem ser indenizados.

A esse respeito, confiram-se os seguintes precedentes proferidos em casos análogos, relativos a responsabilidade do Estado por acidente causado por animais em rodovias:

> Administrativo. Agravo interno no recurso especial. *Responsabilidade civil da autarquia federal. Vítima de acidente de trânsito em rodovia federal. Omissão da autarquia federal em fiscalizar animais na rodovia. Morte da vítima por animal na pista de rolamento em rodovia federal. Fato incontroverso. Valoração dos critérios jurídicos concernentes à utilização da prova e à formação da convicção. Dever de vigilância. Responsabilidade subjetiva caracterizada*. Redução do *quantum* indenizatório. Inovação recursal. Agravo interno da autarquia federal a que se nega provimento.

1. *O Tribunal de origem, em sede de Apelação e Reexame Necessário, afastou a responsabilidade civil do DNIT por entender que seria impossível tal Entidade o controle extensivo de toda rodovia*.

2. Todavia, com efeito ficou reconhecido que o acidente ocorreu em Rodovia Federal, em razão da presença de animal transitando na pista, situação que denotaria negligência na manutenção e fiscalização pelo DNIT, além de não haver nos autos quaisquer indícios de culpa exclusiva da vítima e de força maior.

3. Não há que se falar no afastamento da Responsabilidade Civil do Ente Estatal, isso porque é dever do Estado promover vigilância ostensiva e adequada, proporcionando segurança possível àqueles que trafegam pela rodovia. Trata-se, desse modo, de valoração dos critérios jurídicos concernentes à utilização da prova e à formação da convicção, e não de reexame do contexto fático-probatório dos autos.

4. Assim, há conduta omissiva e culposa do Ente Público, caracterizada pela negligência, apta a responsabilizar o DNIT, nos termos do que preceitua a teoria da Responsabilidade Civil do Estado, por omissão (AgInt no AgInt no REsp 1.631.507/CE, Rel. Min. *Assusete Magalhães*, DJe 28.8.2018; e REsp 1.198.534/RS, Rel. Min. *Eliana Calmon*, DJe de 20.8.2010).

5. Com relação à redução do valor arbitrado a título de indenização, é certo que tal tema sequer foi mencionado nas razões das Contrarrazões do Recurso Especial, e somente foi suscitado em sede de Agravo Interno, o que caracteriza inovação recursal, vedada diante da preclusão consumativa.

6. Agravo Interno da Autarquia Federal a que se nega provimento (AgInt no REsp 1.632.985/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 19/11/2019)

Administrativo e Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. *Responsabilidade civil do Estado. Acidente automobilístico. Animal na pista. Dever de vigilância. Omissão. Responsabilidade subjetiva*. Acórdão recorrido em dissonância com o entendimento desta Corte. Sentença condenatória restabelecida. Agravo interno improvido.

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

II. *Trata-se, na origem, de Ação indenizatória, ajuizada pela parte ora agravada, com o objetivo de condenar o DNIT e a União ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, decorrentes de acidente automobilístico ocasionado por animal solto em rodovia federal, que culminou na morte de Francisco Viera da Costa Filho, marido e pai dos autores. O Juízo de 1º Grau julgou parcialmente procedente a ação, reconhecendo a a presença dos elementos configuradores da responsabilidade civil do Estado, por omissão*.

III. O Tribunal *a quo*, por maioria, afastou a responsabilidade civil do Estado na configuração do dano moral e material, ao fundamento de que "o Estado não

tem como controlar, como não tem como controlar a passagem de um animal, a passagem de uma pessoa, de uma criança que se largue das mãos da mãe e atravesse a rodovia". O voto vencedor destacou, ainda, que "o fato de não haver sinalização luminosa, no meio-fio ou cerca nas propriedades, entendo que no meio-fio não é obrigatório em rodovias, como também não é obrigação do DNIT construir cercas para contenção de animais. Em um acaso como este, entendo que não há obrigação do Estado em indenizar".

IV. *Contudo, do contexto fático, exposto pelas instâncias ordinárias, ficou reconhecido que o acidente ocorreu em rodovia federal, em razão da presença de animal transitando na pista, situação que denotaria negligência na manutenção e fiscalização pelo Estado, além de restarem listados os danos causados aos autores, afastados quaisquer indícios de culpa exclusiva da vítima e de força maior*. Segundo constou do voto vencido, "inexistem, nos autos, documentos que comprovem que a entidades públicas têm efetivamente atuado na área com vias a erradicar o problema. Por outro lado, pelas fotos acostadas aos autos, é claramente visível a inexistência de contenções para impedir a travessia de animais na pista, o que configura, sobretudo quando levado em consideração a frequência com que tais acidentes ocorrem na localidade, a existência de uma falha no serviço prestado. *Nesse passo, a par da situação fática acima delineada e devidamente comprovada, entendo que restou caracterizada na espécie a responsabilidade civil do Estado por omissão, havendo nexo causal entre o acidente e a conduta estatal, consubstanciada no dever de fiscalizar as rodovias e de impedir que animais fiquem soltos em suas imediações e invadam a pista*". Constou, ainda, que a vítima "usava capacete e estava com a Carteira Nacional de Habilitação regular, não havendo informações sobre a velocidade em que conduzia a motocicleta. Afastada, portanto, a possibilidade de alegação de culpa exclusiva da vítima".

V. *Portanto, o acórdão recorrido contraria a orientação desta Corte, no sentido de ser dever estatal promover vigilância ostensiva e adequada, proporcionando segurança possível àqueles que trafegam pela rodovia, razão pela qual se verifica conduta omissiva e culposa do ente público, caracterizada pela negligência, apta à responsabilização do Estado.* Nesse sentido: STJ, REsp 1.198.534/RS, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, *Segunda Turma*, DJe de 20/08/2010; REsp 438.831/RS, Rel. Ministro *João Otávio de Noronha*, *Segunda Turma*, DJU de 02/08/2006; AgInt no AgInt no REsp 1.631.507/CE, Rel. Ministra *Assusete Magalhães*, *Segunda Turma*, DJe de 28/08/2018.

VI. Estando o acórdão recorrido em dissonância com a orientação firmada por esta Corte, merece ser mantida a decisão ora agravada, que deu provimento ao Recurso Especial da parte autora, para restabelecer a sentença, que havia reconhecido a presença dos elementos configuradores da responsabilidade civil do Estado por omissão.

VII. Agravo interno improvido (AgInt no REsp 1.658.378/PB, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 02/09/2019)

Com efeito, presentes os elementos necessários para responsabilização do Estado pelo evento morte, a jurisprudência desta Corte reconhece devida a indenização por danos materiais aos recorrentes, visto que a dependência econômica dos cônjuges e filhos menores do de cujos é presumida, dispensando a demonstração por qualquer outro meio de prova, senão vejamos:

> Agravo interno no recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e morais. Acidente de trânsito. Culpa comprovada. Dever de reparar. Morte de filho maior. Família de baixa renda. Dependência econômica. Presunção. Pensão devida. Art. 1.022 do CPC/2015. Omissão, contradição, obscuridade e erro material não verificados. Inovação recursal. Não configuração. Reexame. Súmula n. 7/STJ. Dissídio jurisprudencial prejudicado.
>
> 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).
>
> 2. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.
>
> 3. Na hipótese, a reforma do acórdão estadual no que diz respeito à inovação recursal demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, procedimento inadmissível em recurso especial ante o óbice da Súmula n. 7/STJ.
>
> 4. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, em se tratando de famílias de baixa renda, existe presunção relativa de dependência econômica entre os membros, sendo devido, a título de dano material, o pensionamento mensal aos genitores da vítima*.
>
> 5. A aplicação da Súmula n. 7/STJ obsta a admissão do recurso especial tanto pela alínea "a" quanto pela alínea "c" do permissivo constitucional. Precedente.
>
> 6. Agravo interno não provido (AgInt no REsp 1.880.254/MT, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 22/03/2021, DJe 25/03/2021)

> Processual Civil e Administrativo. Agravo interno no recurso especial. Enunciado Administrativo 3/STJ. Responsabilidade civil do Estado. Morte em decorrência de falha em atendimento médico. Dano moral. Irrisoriedade. Possibilidade de revisão na hipótese. Afastamento da Súmula 7/STJ. Restabelecimento da sentença. *Danos materiais. Pensão aos filhos na proporção de 2/3 da remuneração da vítima genitora. Termo final aos 25 anos dos beneficiários*. Agravo interno não provido (AgInt no REsp 1.880.112/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/12/2020, DJe 11/12/2020)

> Administrativo. Responsabilidade do Estado. Morte de detento. Danos materiais. Filho. Pensionamento. Comprovação do exercício de atividade remunerada da vítima. Família de baixa renda. Desnecessidade.

1. *Reconhecida a responsabilidade do Estado pela morte do genitor, têm os filhos direito ao recebimento de pensão mensal calculada sobre 2/3 (dois terços) da remuneração da vítima, desde a data do óbito até o momento em que completarem 25 (vinte e cinco) anos de idade*.

2. Em se tratando de família de baixa renda, é devido o pagamento ainda que o de cujus não exerça atividade remunerada, porquanto presume-se a ajuda mútua entre os parentes. Essa solução se impõe especialmente no caso dos descendentes órfãos.

3. Ausente parâmetro para a fixação dos ganhos do falecido, deve o pensionamento tomar por parâmetro o valor do salário mínimo. Precedentes.

4. Agravo interno a que se nega provimento (AgInt no REsp 1.603.756/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12/12/2018)

Administrativo e Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Acidente de trânsito. Morte da mãe da autora. Legitimidade passiva e responsabilidade exclusiva da CEDAE, pelo evento morte, reconhecidas pelo Tribunal de origem. Presença de nexo causal aferido pelo Tribunal de origem, com base no acervo fático da causa. Impossibilidade, no caso, de reexame de provas, em sede de recurso especial. Súmula 7/STJ. Danos morais e materiais. Revisão. Súmula 7/STJ. Sucumbência recíproca. Impossibilidade de reapreciação. Juros de mora. Termo inicial. Súmulas 54 e 83/STJ. Agravo interno improvido.

(...)

II. Na origem, trata-se de demanda indenizatória por morte, decorrente de acidente de trânsito provocado por obras na pista, realizadas pela CEDAE.

(...)

VI. *Consoante o entendimento desta Corte, "a dependência econômica de filho menor em relação aos pais é presumida, dispensando a demonstração por qualquer outro meio de prova"* (STJ, AgRg no Ag 1.294.094/MG, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, *Quarta Turma*, DJe de 06/02/2015). *Além disso, sedimentou-se o entendimento "de fixar a indenização por perda do pai ou progenitor, com pensão ao filho menor até os 24 (vinte e quatro) anos de idade (integralmente considerados), ou seja, até a data de aniversário dos 25 anos"* (STJ, REsp 592.671/PA, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, *Segunda Turma*, DJU de 17/05/2004).

(...)

VIII. Agravo interno improvido (AgInt no REsp 1.554.466/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 22/08/2016)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação indenizatória por danos morais e materiais. Colisão de veículos. Óbito do pai e marido dos autores. Responsabilidade subjetiva da parte ré. Presença de culpabilidade do réu no evento. Súmula 7 do STJ. Indenização por danos morais. Súmula 7 do STJ. Pensionamento por ilícito civil que não se confunde com a pensão paga pelo INSS. Dependência entre cônjuges presumida. Agravo interno não provido.

1. No presente caso, o acolhimento da pretensão recursal, para reconhecer a ocorrência de culpa exclusiva ou concorrente da vítima na ocorrência do evento danoso, demandaria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula 7 do STJ.

2. No que concerne ao montante fixado a título de indenização por danos morais, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso. Dessa forma, não se mostra desproporcional a fixação em R$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de reparação moral decorrente de acidente de trânsito que resultou no óbito do marido e pai das autoras, que morreu carbonizado, de modo que a sua revisão também encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

3. O pensionamento por ilícito civil não se confunde com o pago pela Previdência Social, por ter origem diversa, de sorte que possível a concomitância entre ambos, não ficando eximido o causador do sinistro se, porventura, a vítima ou seus beneficiários percebem pensão paga pelo INSS. Precedentes.

4. *A dependência econômica entre cônjuges é presumida, devendo ser arbitrado pensionamento mensal equivalente a 2/3 (dois terços) dos proventos que eram recebidos em vida pela vítima em benefício da viúva*.

5. Agravo interno não provido (AgInt no AREsp 1.517.574/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 04/02/2020)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. Acidente de trânsito. Violação ao art. 1.022 do CPC. Não ocorrência. Responsabilidade solidária do proprietário do veículo causador do acidente. Culpa *in vigilando* da coisa. Súmula 7 do STJ. Pensão mensal. Renda não comprovada. Salário mínimo. Agravo interno não provido.

(...)

5. *Ademais, esta Corte Superior possui jurisprudência consolidada no sentido de que, no caso de morte de genitor(a), a pensão aos filhos é de 2/3 do salário percebido (ou o salário mínimo caso não exerça trabalho remunerado) até que estes completem 24 anos de idade*.

6. Agravo interno não provido (AgInt no AREsp 1.551.780/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16/12/2019)

Sendo assim, o acórdão de origem deve ser reformado quanto ao ponto, para condenar o réu ao pagamento de pensão aos recorrentes no valor correspondente a 2/3 do salário mínimo (face a ausência de parâmetro para a fixação dos ganhos

do falecido), a serem pagos até a expectativa média de vida da vítima, segundo a tabela do IBGE na data do óbito, ou até o falecimento da viúva, com a reversão em favor exclusiva desta após o menor completar 24 anos de idade.

Nesse sentido:

> Administrativo. Processual Civil. Responsabilidade civil do Estado. Morte de Policial Civil. Ação indenizatória. Pensão mensal às filhas. Danos materiais. Possibilidade de cumulação com pensão previdenciária. Valor de 2/3 dos rendimentos da vítima até filhas completarem 25 anos de idade. Para a viúva até a idade provável do *de cujus*. Precedentes. Direito de a mãe/viúva acrescer o valor recebido pelas filhas.
>
> (...)
>
> 2. Configurada a possibilidade de cumulação da pensão previdenciária e os danos materiais, bem como a dependência econômica das filhas e viúva em relação ao *de cujus*, afirmada no acórdão recorrido, *o valor da pensão mensal deve ser fixado em 2/3 (dois terços) do soldo da vítima, deduzindo que o restante seria gasto com seu sustento próprio, e é devida às filhas menores desde a data do óbito até o limite de 25 (vinte e cinco) anos de idade. Precedentes*.
>
> *3. Quanto à viúva, a pensão mensal de 2/3 do soldo da vítima à época do evento danoso deverá ser repartida entre as filhas e a viúva, sendo que para as filhas deverá ser pago até a data em que elas completarem 25 anos de idade cada uma, e para a viúva, em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, até a data em que a vítima (seu falecido cônjuge) atingiria idade correspondente à expectativa média de vida do brasileiro, prevista na data do óbito, segundo a tabela do IBGE*. Precedentes.
>
> 4. Também é pacífico nesta Corte o entendimento jurisprudencial de ser possível acrescer as cotas das filhas, ao completarem 25 anos, à cota da mãe. Precedentes. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1.388.266/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/05/2016)

Por fim, no que concerne ao montante fixado a título de indenização por danos morais, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias pode ser revisto hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade.

Sob esse contexto, considerando que o caso dos autos diz respeito a reparação moral decorrente de acidente de trânsito que resultou no óbito do marido e pai dos autores, tenho que o valor fixado pelas origem, de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), sendo R$ 10.000,00 para cada um dos recorrentes, mostra-se irrisório diante da gravidade do evento, do dano e sofrimento causado, devendo ser majorado para R$ 100.000,00 (cem mil reais).

A esse respeito:

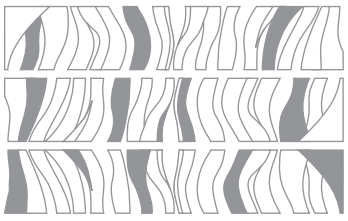
> Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação indenizatória por danos morais e materiais. Colisão de veículos. Óbito do pai e marido dos autores. Responsabilidade subjetiva da parte ré. Presença de culpabilidade do réu no evento. Súmula 7 do STJ. Indenização por danos morais. Súmula 7 do STJ. Pensionamento por ilícito civil que não se confunde com a pensão paga pelo INSS. Dependência entre cônjuges presumida. Agravo interno não provido.
>
> (...)
>
> 2. No que concerne ao montante fixado a título de indenização por danos morais, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso. *Dessa forma, não se mostra desproporcional a fixação em R$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de reparação moral decorrente de acidente de trânsito que resultou no óbito do marido e pai das autoras, que morreu carbonizado*, de modo que a sua revisão também encontra óbice na Súmula 7 do STJ.
>
> (...)
>
> 5. Agravo interno não provido (AgInt no AREsp 1.517.574/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 04/02/2020)

> Processual Civil e Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Morte de preso. Danos morais. Valor. Caso concreto. Manutenção.
>
> 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC" (Enunciado Administrativo n. 3).
>
> 2. É firme o entendimento deste Tribunal Superior de não admitir, em sede de recurso especial, a revisão do montante fixado pela instância de origem a título de danos morais, salvo em situações excepcionais, em que o quantum indenizatório seja induvidosamente irrisório ou exorbitante, conforme óbice estampado na Súmula n. 7 do STJ.
>
> 3. Hipótese em que o TJ/AM, ao confirmar a condenação do réu ao pagamento, em favor da genitora do detento morto dentro do presídio por disparo de arma de fogo, a título de danos morais, levou em conta a gravidade do caso vertente, que trata da perda de um filho que se encontrava sob a tutela do Estado, bem assim os parâmetros adotados pelo STJ em situações similares.
>
> 4. Agravo interno desprovido (AgInt no REsp 1.685.425/AM, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20/09/2019)
>
> *Notas: Indenização por dano moral: R$ 100.000,00 (cem mil reais)*.

> Administrativo e Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. *Responsabilidade civil do Estado. Acidente automobilístico. Animal na pista. Dever de vigilância. Omissão. Responsabilidade subjetiva*. Acórdão recorrido em dissonância com o entendimento desta Corte. Sentença condenatória restabelecida. Agravo interno improvido.
>
> (...)
>
> VII. Agravo interno improvido (AgInt no REsp 1.658.378/PB, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 02/09/2019)
>
> *Indenização por dano moral: R$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais)*.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial, para fixar os danos materiais e majorar os danos morais, nos termos acima consignado.

É como voto



SegundaTurma

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 480.379-PB (2014/0041801-0)

Relatora: Ministra Assusete Magalhães
Agravante: Fundação Nacional de Saúde
Repr. por: Procuradoria-Geral Federal
Agravado: José Augusto de Almeida
Agravado: Jose da Penha Gonzaga
Agravado: Jose Diniz da Silva
Agravado: Jose Ferreira da Silva
Agravado: José Gilson Bezerra dos Santos
Advogado: Verônica Leite Albuquerque de Brito e outro(s) - PB002212

EMENTA

Administrativo. Agravo regimental no agravo regimental no agravo em recurso especial. Servidor público federal da FUNASA. Indenização de campo. Arts. 16 da Lei 8.216/91 e 15 da Lei 8.270/91. Decreto 5.554/2005. Entendimento atual do STJ. Precedentes. Agravo regimental improvido.

I. Agravo Regimental aviado contra decisão que julgara Agravo e Recurso Especial interpostos contra acórdão e *decisum* publicados na vigência do CPC/73.

II. Cuida-se de Ação Ordinária, ajuizada por servidores da FUNASA, objetivando o pagamento, desde outubro de 2005, da indenização de campo reajustada no mesmo percentual da menor diária, de nível D (R$ 57,28), com acréscimo de 50%, que sempre incide, sobre a diária, para as localidades que não sejam capital de Estado, ao fundamento de que o Decreto 5.554/2005, ao assim dispor, majorou, dissimulada e indevidamente, o valor da diária, de nível D, não observando, porém, a equivalência de 46,87% entre o reajuste da diária e o da indenização de campo, conforme previsto no art. 15 da Lei 8.270/91, que estabeleceu que a indenização de campo, criada pela Lei 8.216/91, "será reajustada pelo Poder Executivo na mesma data e percentual de revisão dos valores de diárias". A sentença julgou

procedente a ação, entendendo que a incidência, sempre, do percentual de 50% sobre a menor diária, de nível D, em quaisquer deslocamentos, que não para as capitais dos Estados, representou majoração indireta e dissimulada do valor da diária, de nível D, ante o seu caráter de generalidade. O Tribunal de origem manteve a sentença, consignando que o Decreto 5.554/2005 não observou os ditames do art. 15 da Lei 8.270/91, quando fixou o novo e menor valor para a diária, de nível D (R$ 85,92 = R$ 57,28 + 50% de R$ 57,28), para quaisquer localidades que não sejam capital de Estado, e quando estabeleceu o valor da indenização de campo, sem respeitar a correspondência de 46,87% entre o percentual de reajuste da diária e o da referida indenização de campo. A decisão ora agravada regimentalmente negou provimento ao Recurso Especial da FUNASA.

III. A indenização de campo, criada pelo art. 16 da Lei 8.216/91, foi fixada, pelo art. 15 da Lei 8.270, de 17/12/91, no valor de Cr$ 9.000,00 (nove mil cruzeiros), prevendo o dispositivo, ainda, que a verba seria reajustada na mesma data e pelo mesmo percentual de revisão das diárias pagas aos servidores públicos civis da União, sendo certo que, à época, o valor da diária do servidor da União, de nível D – menor valor de diária fixado pelo Decreto 343, de 19/11/91 –, era de Cr$ 19.200,00 (dezenove mil e duzentos cruzeiros), correspondendo a indenização de campo a 46,87% do valor da menor diária paga a servidor da União (nível D).

IV. Essa equivalência de 46,87% deveria ser observada nos posteriores reajustes da indenização de campo. Ocorre que, com a edição do Decreto 1.656, de 03/10/95, fixando a diária do servidor da União, de nível D, em R$ 57,28 (cinqüenta e sete reais e vinte e oito centavos), e o valor da indenização de campo em R$ 17,46 (dezessete reais e quarenta e seis centavos), esta última passou a corresponder apenas a 30,48% do valor da diária de nível D, resultando em uma perda de 16,39%, em afronta ao art. 15 da Lei 8.270/91. No referido Decreto 1.656/95 estabeleceu-se, ainda, uma parcela fixa a ser paga a título de diária, acrescida de um adicional variável, dependendo da cidade de deslocamento do servidor, equivalente a 0%, na hipótese de cidades com menos de 200.000 (duzentos mil) habitantes, a 50%, para as cidades com mais de 200.000 (duzentos mil) habitantes, e a 70%, 80% e 90%, conforme as localidades nele mencionadas.

V. O Decreto 3.643, de 26/10/2000, repetiu os mesmos valores, constantes do Decreto 1.656/95, para o valor básico da menor diária, de nível D (R$ 57,28), e para o da indenização de campo (R$ 17,46).

VI. O próprio Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, pela Portaria 406, de 02/10/2002, com fundamento no art. 15 da Lei 8.270/91, estabeleceu que a indenização de campo deveria corresponder a 46,87% do valor da diária – que, na ocasião, para o nível D, equivalia a R$ 57,28 (cinquenta e sete reais e vinte e oito centavos) –, reajustando a indenização de campo para R$ 26,85 (vinte e seis reais e oitenta e cinco centavos), com efeitos financeiros a contar de 01/08/2002.

VII. Posteriormente, entretanto, o Decreto 5.554, de 04/10/2005, manteve o valor básico anterior da diária de nível D (R$ 57,28) e o valor da indenização de campo (R$ 17,46), previstos nos Decretos 1.656/95 e 3.643/2000 – valor da indenização de campo que já havia sido majorado, pela Portaria ministerial 402/2002, para R$ 26,85 (vinte e seis reais e oitenta e cinco centavos), correspondente a 46,87% de R$ 57,28 (cinquenta e sete reais e vinte e oito centavos), menor valor da diária, de nível D –, e, em relação ao percentual variável, a ser acrescido ao valor básico da diária, estabeleceu que o seu valor mínimo seria de 50% (cinquenta por cento), para quaisquer localidades que não as capitais dos Estados.

VIII. O STJ, de há muito, firmou o entendimento de que a indenização de campo, prevista no art. 16 da Lei 8.216/91, deve ser reajustada pelo Poder Executivo na mesma data e com os mesmos percentuais de reajuste aplicados às diárias, e que "esta previsão resulta na garantia de que a indenização deve sempre corresponder ao valor de 46,87% das diárias, tendo em vista que esta proporção permanece inalterada, independentemente do percentual de reajuste aplicado nas diárias" (STJ, REsp 690.309/PB, Rel. Ministro *Gilson Dipp*, *Quinta Turma*, DJU de 13/06/2005). Em igual sentido: STJ, AgRg no Ag 1.008.170/PA, Rel. Ministro *Nilson Naves*, *Sexta Turma*, DJe de 28/09/2009.

IX. O Decreto 5.554/2005, não obstante a Portaria ministerial 402, de 02/10/2002 – que, regularizando a situação, fixara o valor da indenização de campo, com efeitos financeiros a partir de

01/08/2002, em R$ 26,85 (vinte e seis reais e oitenta e cinco centavos), correspondente a 46,87% do menor valor da diária, de nível D, no importe de R$ 57,28 –, continuou fixando a indenização de campo em R$ 17,46, valor menor que o da Portaria ministerial 402/2005 e que era o valor anteriormente previsto para a mencionada indenização de campo, nos anteriores Decretos 1.656/95 e 3.643/2000 (R$ 17,26). Ademais, com o Decreto 5.554/2005, o menor valor da diária, de nível D, passou a corresponder à parcela fixa da diária (R$ 57,28), acrescida sempre do percentual mínimo de 50%, pago aos servidores em quaisquer deslocamentos não contemplados com percentuais maiores (acréscimos de 70%, 80% e 90% do valor básico da diária, a depender da capital do Estado), o que corresponde a R$ 85,92 (R$ 57,28 + 50% de R$ 57,28 = R$ 85,92). Assim, a indenização de campo deve corresponder a R$ 40,27 (quarenta reais e vinte e sete centavos), ou seja, a 46,87% de R$ 85,92 (oitenta e cinco reais e noventa e dois centavos). Portanto, o Decreto 5.554/2005 ofende o art. 15 da Lei 8.270/91, seja sob a ótica do valor da indenização de campo, por ele fixada em R$ 17,46 – inferior, pois àquele valor anteriormente estabelecido em R$ 26,85, pela Portaria ministerial 402/2002, com efeitos a contar de 01/08/2002 –, seja quanto ao valor mínimo de diária, de nível D, acrescido de parcela variável mínima de 50%, paga sempre aos servidores, em quaisquer deslocamentos não contemplados com percentuais maiores. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 466.093/PB, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, DJe de 22/05/2014; AgRg no REsp 1.321.109/PB, Rel. Ministro *Olindo Menezes*, (Desembargador Federal convocado do TRF/1ª Região), *Primeira Turma*, DJe de 11/11/2015.

X. Ao apreciar espécie análoga, inclusive à luz do Decreto 5.554/2005, a Primeira Turma do STJ concluiu que, "ao estender o adicional de 50% aos deslocamentos para todas as cidades com menos de 200.000 habitantes, excluindo a restrição anteriormente prevista no Decreto n. 3.643/2000, o Decreto n. 5.554/05, ainda que indiretamente, majorou o valor das diárias, não observando, contudo, a equivalência de 46,87% entre elas e a indenização de campo, conforme previsto no art. 15 da Lei n. 8.270/91. Com a ampliação no pagamento do adicional de 50% aos 'demais deslocamentos', a norma regulamentadora não cuidou apenas de adequar o valor da

diária à realidade econômica da localidade visitada, tendo, sobretudo, elevado o valor da verba, por meio de adicional totalmente genérico, porquanto pago indistintamente a todos os deslocamentos que não restaram contemplados com percentuais maiores" (STJ, REsp 1.303.307/PB, Rel. Ministra *Regina Helena Costa*, *Primeira Turma*, DJe de 29/10/2018).

XI. Contra o acórdão do REsp 1.303.307/PB foram opostos Embargos de Divergência, pela FUNASA, invocando, como paradigma, acórdão da Segunda Turma, proferido no AgRg no REsp 1.475.168/CE (Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, DJe de 08/10/2014), que se fundamentou na orientação fixada, em 18/12/2012, no AgRg no REsp 1.283.707/PB (Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Segunda Turma*, DJe de 08/02/2013). Os Embargos de Divergência não foram conhecidos monocraticamente, pelo Ministro *Herman Benjamin*, ao entendimento de que, "embora verificada a similitude fática entre o acórdão embargado e os paradigmas apresentados, tais paradigmas datam de 2014, e o acórdão embargado é de 2018, e acompanha a orientação mais atual dessa Colenda Corte" (STJ, EREsp 1.303.307/PB, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, DJe de 08/08/2019, transitado em julgado).

XII. Ademais, a Súmula 54 da AGU, de 2010, assentou que "a indenização de campo, criada pelo artigo 16 da Lei n. 8.216/91, deve ser reajustada na mesma data e no mesmo percentual de revisão dos valores das diárias, de modo que corresponda sempre ao percentual de 46,87% das diárias".

XIII. Agravo Regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 22 de março de 2022 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 11.4.2022

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Agravo Regimental, interposto por *Fundação Nacional de Saúde - FUNASA*, contra decisão de minha lavra, publicada na vigência do CPC/73, assim fundamentada, *in verbis*:

> Trata-se de Agravo Regimental, interposto por *José Augusto de Almeida e Outros*, contra decisão da minha lavra, que conheceu do agravo para dar provimento ao Recurso Especial interposto pela FUNASA, assim concebida:
>
> > Trata-se de Agravo, interposto pela *Fundação Nacional de Saúde - FUNASA*, contra decisão que inadmitiu o Recurso Especial manifestado no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal.
> >
> > Narram os autos que a parte autora ajuizou ação de rito ordinário objetivando a revisão do valor da indenização de campo no percentual previsto na Lei 8.216/91 c/c o pagamento das diferenças devidas desde 20/10/2005, alegando que o Decreto 5.554/2005, estipula o valor de R$ 57,28 para a diária 'nível d', acrescido de 50% (nos demais deslocamentos), cuja equação aritmética resulta em R$ 85,92.
> >
> > O Tribunal *a quo* manteve a sentença de procedência do pedido, em acórdão ementado nos seguintes termos:
> >
> > > Administrativo. *Servidores públicos da FUNASA. Indenização de campo. Reajuste assegurado no mesmo percentual das diárias. Lei 8.216/91, art. 16. Lei 8.270/91. Direito às diferenças. Possibilidade*.
> > >
> > > 1. *A hipótese é de pedido de indenização por trabalho de campo prevista no art. 16, da Lei n. 8.216/91, c/c o art. 15, da Lei n. 8.270/91, pleiteando o autor os valores relativos à diferença entre o percentual de 46,87% da diária de nível 'D' e o valor que vinha sendo percebido*.
> > >
> > > 2. É pacífico o entendimento deste egrégio Tribunal no sentido de que, *se a razão entre a indenização de campo e a diária ao tempo da Lei era de 46,87%, esta proporção deve permanecer inalterada. Muito embora em setembro de 2002 a FUNASA, através da Portaria n. 406/2002, tenha implantado o percentual de reajuste para indenização de campo na mesma base de correção das diárias, o Decreto n. 5.554/2005, não observando os ditames do art. 15, da Lei n. 8.270/91, fixou os novos valores para as diárias de nível 'D' (R$ 85,92) e a indenização de campo*

(R$ 26,85) sem respeitar a correspondência entre o percentual da diária e o da referida indenização (46,87%), em nítida violação ao referido artigo. Devidas as parcelas vencidas, a partir de outubro de 2005.

3. Juros de mora fixados no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, nos termos do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 (acrescido pela MP n. 2.180-35, de 24.08.2001).

4. Honorários advocatícios mantidos, tendo em vista se tratar de feito em que se discute matéria já bastante conhecida e de fácil deslinde, não exigindo do causídico grandes esforços para a solução do conflito.

5. Remessa oficial e apelação conhecidas, mas desprovidas (fl. 127e).

A agravante, nas razões do Recurso Especial, sustenta, em síntese, ofensa ao art. 37 da CF, à Súmula 339/STF, aos arts. 16 da Lei 8.216/91 e 15 da Lei 8.270/91, porquanto foi editada Portaria 406/2002, que estabeleceu que a partir de 1º de agosto de 2002 o valor de indenização de campo passaria a ser de R$ 26,86, sendo assim, seu valor fora majorado em 53,78%.

Alega que 'para as cidades como Manaus e Brasília a diária é acrescida de 90%, enquanto que nas capitais mais importantes economicamente ela é acrescida do percentual de 80%, nas demais capitais do percentual de 70%, e nas demais cidades de 50%' (fl. 158e).

Defende que 'a pretensão de que a diária seja considerada com o valor consignado no Decreto n. 5.554/2005 com o acréscimo do percentual relativo ao deslocamento de 50%, é uma construção ardilosa, e que só atende ao interesse particular da parte autora, dado que assim não está determinado no texto legal' (fl. 160e).

Requer, assim, o provimento recursal para que seja julgado improcedente o pedido, com a inversão do ônus sucumbenciais.

O Recurso Especial não foi admitido na origem com base na Súmula 83/STJ. Daí a interposição do presente Agravo com fundamento no art. 544, § 4º, do CPC.

Foi oferecida contraminuta (fls. 217/218e).

É o relatório. Decido.

A irresignação merece prosperar.

A interposição de recurso especial não é cabível com relação à violação de dispositivo constitucional, súmula ou de qualquer ato normativo que não se enquadre no conceito de lei federal, conforme disposto no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal.

No caso dos autos, se postula o pagamento do adicional de 50% no cálculo da indenização de campo, sob o fundamento de que tal adicional deve ser estendido aos servidores, para todas as cidades, em equivalência.

Sobre o tema, a atual jurisprudência da Segunda Turma do STJ evoluiu no sentido de que a fixação de percentual variável, de pagamento de diária, para adequação à realidade econômica da localidade visitada, não tem a faculdade de reajustar a referida indenização e, por conseguinte, não viola os arts. 15 da Lei 8.270/91 e 16 da Lei 8.216/91.

Confiram-se:

> Administrativo. Processual Civil. *Diárias de campo*. FUNASA. Decreto 5.554/2005. Criação do adicional de deslocamento. Não incidência na indenização de campo. Precedente da Segunda Turma.
>
> 1. Cuida-se de recurso especial interposto pela Fundação Nacional de Saúde (FUNASA) contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região que consignou que o Decreto n. 5.554/2005 teria fixado novos valores para as diárias e, portanto, deveria incindir em relação às diárias de campo para evitar a violação do art. 15 da Lei n. 8.270/91.
>
> 2. Não há violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil quando a controvérsia é dirimida de forma integral e com fundamentação suficiente.
>
> 3. Não é possível apreciar alegações de violação da Constituição Federal em sede de recurso especial, sob pena de usurpar a função jurisdicional outorgada ao Pretório Excelso.
>
> 4. *A Segunda Turma mudou o seu entendimento recentemente sobre o tema em acórdão, de minha relatoria, pelo qual se determinou que 'a fixação de percentual variável, de adicional ao pagamento de diária, para adequação à realidade econômica da localidade visitada não tem a faculdade de reajustar a referida indenização e, por conseguinte, não viola o art. 15 da Lei n. 8.270/91'* (AgRg no REsp 1.283.707/PB, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 8.2.2013).
>
> 5. Recurso especial conhecido em parte e provido (STJ, REsp 1.264.429/PB, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 20/02/2014).

> Administrativo. Processual Civil. Servidor público federal. FUNASA. Alegada violação do art. 15 da Lei n. 8.270/91. *Reajuste das diárias pelo Decreto n. 5.554/2005*. Inexistência. Natureza jurídica diversa. Precedente da Terceira Seção.
>
> 1. *Cuida-se de recurso especial que postula reformar o acórdão no qual se consignou ter o Decreto n. 5.554/2005 violado a proporção*

necessária das indenizações de campo do art. 16 da Lei n. 8.216/91 para com as diárias, pelo que dispõe o art. 15 da Lei n. 8.270/91.

2. O referido decreto, além de fixar os valores das diárias reiterou a elas a instituição de um adicional, em razão da localidade do deslocamento do servidor, como se visualiza do seu anexo I.

3. *A fixação de percentual variável, de adicional ao pagamento de diária, para adequação à realidade econômica da localidade visitada não tem a faculdade de reajustar a referida indenização e, por conseguinte, não viola o art. 15 da Lei n. 8.270/91. Aliás, a controvérsia fica claramente diferenciada quando se visualiza que a Terceira Seção já demarcou a natureza jurídica distinta entre 'diária' e 'adicional de localidade'*. Precedente: AgRg na Pet 7.148/GO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJe 2.9.2009.

4. Agravo regimental provido para dar provimento ao recurso especial (STJ, AgRg no REsp 1.283.707/PB, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 08/02/2013).

O referido entendimento fundamentou-se nos seguintes pressupostos:

a) que o Decreto 3.643/2000, reproduziu em parte o Decreto 1.656/95, que, posteriormente, foi alterado pelo Decreto 5.554/2005, segundo o qual o percentual de 50% deixaria de ser exclusivo para as cidades de população acima de 200.000 habitantes, passando a contemplar todas as demais cidades expressamente relacionadas em seu Anexo 'I', quais sejam: Brasília (DF), Manaus (AM), São Paulo (SP), Rio de Janeiro (RJ), Recife (PE), Belo Horizonte (MG), Porto Alegre (RS), Belém (PA), Fortaleza (CE), Salvador (BA), e demais capitais.

b) que a última norma supracitada não reajustou o valor nominal das diárias dos servidores da FUNASA, que continuou a ser de R$ 57,28, mas apenas efetuou modificações em relação ao pagamento dos adicionais de 90%, 80%, 70% e 50% sobre a diária, os quais variam de acordo com as peculiaridades econômicas da localidade para o qual o servidor é designado temporariamente.

No mesmo sentido foram proferidas as seguintes decisões monocráticas: STJ, AREsp 498.017/PB, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, DJe de 08/05/2014; STJ, AREsp 470.406/PB, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, DJe de 26/03/2014.

Ante o exposto, conheço do Agravo para dar provimento ao Recurso Especial, para julgar improcedente o pedido.

Fixo a verba honorária em 5% sobre o valor da causa (art. 20, § 4º, do CPC), ficando a execução suspensa, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50' (fls. 280/283e).

Nas razões do presente Agravo Regimental, a parte recorrente sustenta, em síntese, 'ineficácia de fundamentação' da decisão ora agravada, pois 'inexiste fundamentação jurídica ou menção de dispositivo de lei no qual se funda para dar provimento ao Agravo' (fl. 294e), nos moldes exigidos pelos arts. 93, IX, da Constituição Federal e 458 do CPC, pois 'a decisão judicial tem de ser fundamentada, sob pena de nulidade absoluta' (fls. 294/295e).

Alega, ainda, 'o desprezo de trinta (30) decisões e acórdãos transitados em julgado, inclusive decisões e acórdãos de relatoria dos Ministros *Campbell* e *Martins*, proferidos recente, tempos após o julgamento do REsp n. 1.283.707/PB (fl. 300e)', sendo caso de se conhecer do Agravo e dar provimento ao Recurso Especial.

Aduz, também, que 'nessas condições, quaisquer decisões que venham a ser proferidas escoradas no REsp n. 1.283.707/PB, irrefragavelmente, padecem de *nulidade absoluta*, na forma da lei' (fl. 300e).

Pondera, que a decisão recorrida está 'em dissonância à tese consagrada em sede do Superior Tribunal de Justiça desde 2005' (fls. 300/301e).

Requer, ao final, a reconsideração da decisão ora agravada, 'ou, caso assim não entenda, levar o feito em mesa, conforme determina o mesmo dispositivo posto que à luz do direito atinente à espécie, por certo, os demais Ministros darão provimento ao presente agravo para não conhecer do Agravo da FUNASA' (fl. 301e).

A parte ora agravante protocolou petição (fls. 357/384e), relacionando inúmeros julgados desta Corte Superior (fl. 383e) e cópia dos acórdãos, com entendimento, segundo o recorrente, em sentido contrário ao da decisão recorrida.

É o relatório.

Tendo em vista a relevância dos argumentos esposados pelos agravantes, reconsidero a decisão de fls. 280/283e.

Isto porque, *sobre o tema, a atual jurisprudência da Primeira Seção do STJ firmou-se no sentido de que o reajuste da indenização de campo, prevista no artigo 16 da Lei 8.216/1991, deve corresponder aos percentuais atribuídos às diárias, conforme determina o artigo 15 da Lei n. 8.270/1991*.

Confiram-se os precedentes:

> Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Servidor público. Deficiência de fundamentação. Ausência de indicação do dispositivo legal supostamente violado. Súmula 284/STF. *Indenização de campo instituída pelo art. 16 da Lei 8.216/91. Reajuste. Precedentes*. Súmula 83/STJ. Agravo não provido.
>
> 1. É deficiente a fundamentação do recurso especial que não indica o dispositivo legal supostamente contrariado, por não permitir a

compreensão de questão infraconstitucional hábil a viabilizar o trânsito do recurso, o que atrai o óbice previsto na Súmula n. 284/STF.

2. *A indenização prevista no art. 16 da Lei 8.216/91 deve ser reajustada pelo Poder Executivo na mesma data e percentuais de reajustes aplicados às diárias*.

3. O tribunal de origem decidiu em harmonia com a orientação predominante desta Corte, incidindo ao caso a Súmula 83 do STJ ('Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida').

4. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1.321.109/PB, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, DJe 11/11/2015).

Processual Civil e Administrativo. *Servidor público. FUNASA. Indenização de campo instituída pelo art. 16 da Lei 8.216/91. Reajuste. Súmula 83/STJ*.

1. *O STJ firmou o entendimento de que a indenização prevista no art. 16 da Lei 8.216/91 deve ser reajustada pelo Poder Executivo na mesma data e percentuais de reajustes aplicados às diárias*.

2. Dessume-se que *o acórdão recorrido está em sintonia com a atual jurisprudência do STJ, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: 'Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida'*.

3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 466.093/PB, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 22/05/2014).

No mesmo sentido foram proferidas as seguintes decisões monocráticas: AgRg no REsp 1.415.484/PB, Rel. Min. ***Benedito Gonçalves****, DJe de 14/08/2015; REsp 1.351.422/PB, Rel. Ministra* ***Marga Tessler*** *(Juíza Federal Convocada do TFR 4ª Região, DJe DE 22/05/2015*; REsp 1.283.707/PB, Rel. Min. *Humberto Martins*, DJe de 10/11/2011.

Vale acrescentar que *a edição da Súmula 54 da AGU de 2010, na qual ficou assentado que 'a indenização de campo, criada pelo artigo 16 da Lei n. 8.216/91, deve ser reajustada na mesma data e no mesmo percentual de revisão dos valores das diárias, de modo que corresponda sempre ao percentual de 46,87% das diárias' chancela a tese dos agravantes*.

Ante o exposto, reconsidero a decisão de fls. 280/283e para negar seguimento ao Recurso Especial interposto pela FUNASA (fls. 473/479e).

Inconformada, a FUNASA alega que:

II – *Do mérito*

Conforme se demonstrará, pela análise dos normativos legais que regulamentam a indenização de campo, não há como se julgar procedente o pedido formulado na inicial, uma vez que não foi desrespeitada a proporção estabelecida legalmente entre os valores das diárias e da indenização de campo.

Segue, por oportuno, histórico normativo acerca da indenização de campo.

A indenização de campo foi instituída pelo artigo 16, da Lei n. 8.216, de 13 de agosto de 1991, nos seguintes termos:

> Art. 16. *Será concedida*, nos termos do regulamento, indenização de *Cr$ 4.200,00 (quatro mil e duzentos cruzeiros) por dia, aos servidores que se afastarem do seu local de trabalho, sem direito à percepção de diárias, para execução de trabalhos de campo*, tais como os de campanha de combate e controle de endemia; marcação, inspeção e manutenção de marcos decisórios; topografia; pesquisa, saneamento básico, inspeção e fiscalização de fronteiras internacionais.
>
> Parágrafo único. *É vedado o recebimento cumulativo da indenização objeto do caput deste artigo com a percepção de diárias*.

Posteriormente, com a edição da Lei n. 8.270/91, fixou-se que:

> *Art. 15. A indenização criada pelo art. 16 da Lei n. 8.216, de 1991, é fixada em nove mil cruzeiros e será reajustada pelo Poder Executivo na mesma data e percentual de revisão dos valores de diárias*.

Ao regulamentar o referido diploma legal, o Decreto Federal n. 343, de 19 de novembro de 1991, em seu artigo 4º, estabeleceu o seguinte:

> Art. 4º - *A indenização de que trata o art. 16 da Lei n. 8.216, de 13 de agosto de 1991, será devida aos servidores de toda e qualquer categoria funcional que se afastar da zona considerada urbana de seu município de sede para execução de atividades de campanhas de combate e controle de endemias, marcação, inspeção e manutenção de marcos divisórios, topografia, pesquisa, saneamento básico, inspeção e fiscalização de fronteiras internacionais*.

Assim, *o pagamento da indenização de campo não decorre exclusivamente do cargo ocupado pelo servidor, mas em função do deslocamento da sede do serviço para o campo, seja em área urbana, rural ou indígena, e da consequente execução das atividades de caráter itinerante especificadas no Decreto n. 343/91*, visto que o seu objetivo é o ressarcimento de eventuais despesas que o servidor tenha na execução das atividades descritas em lei.

No que tange ao valor da indenização de campo, este foi fixado pelo Decreto Federal n. 343, de 19 de novembro de 1991, no montante de R$ 17,46 (dezessete reais e quarenta e seis centavos), o que *de acordo com o artigo 13 do mesmo diploma legal,*

com redação alterada pelo Decreto Federal n. 1.656/95, competia ao então Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, atual Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, rever e alterar este valor.

Com vistas à atualização do valor destinado à indenização de campo, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão/MP editou a Portaria n. 406, de 02 de outubro de 2002:

> Art. 1º *O valor da indenização de campo, de que trata o art. 16 da Lei n. 8.216, de 13 de agosto de 1991, concedida aos servidores que se afastam do seu local de trabalho, sem direito à percepção de diárias, para execução de trabalho de campo, é reajustado para R$ 26,85 (vinte e seis reais e oitenta e cinco centavos)*.
>
> Art. 2º *Os efeitos financeiros, decorrentes da aplicação desta Portaria, terão vigência a partir de 1º de agosto de 2002*.

Desde então a indenização de campo encontra-se fixada no valor de R$ 26,85 (vinte e seis reais e oitenta e cinco centavos).

Os autores sustentam que com a edição do Decreto n. 5.554, de 04 de outubro de 2005, houve revisão do valor da diária, mediante a aplicação do percentual de 50% incidente sobre as diárias dos grupos 'A', 'B', 'C' e 'D', em deslocamento para lugares distintos das capitais e cidades em que o percentual é distinto, o que, segundo o mesmo, impõe a incidência do percentual de 50% quando do cálculo do valor da indenização de campo, considerando-se o valor da diária Nível 'D'. Todavia, nos termos do citado Decreto, o percentual não foi aplicado à indenização de campo.

A questão não se apresenta da forma como pretendem os Autores.

O Decreto n. 5.554/2005 ***não promoveu aumento no valor linear das diárias****, eis que os valores constantes do aludido decreto permanecem os mesmos previstos no Decreto n. 3.643/2000, conforme se observa claramente do Anexo I ao Decreto n. 343/1991. Tais tabelas constam do texto normativo não se caracterizando como discussão de fatos e provas.*

O que houve foi tão-somente a alteração da destinação do acréscimo de 50% sobre as diárias, anteriormente devido unicamente para deslocamentos para as cidades (zonas urbanas) enumeradas em Instrução Normativa do MARE (N. 09/1998), com mais de 200 mil habitantes. Não houve modificação dos percentuais de acréscimo para cidades como Brasília, Manaus, São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Belo Horizonte, Porto Alegre, Belém, Fortaleza, Salvador e demais capitais dos Estados.

O Decreto n. 5.554/2005 é, na verdade, uma reprodução do Decreto n. 3.643/2000, de 26 de outubro de 2000, que, inclusive, já previa os mesmos

percentuais para deslocamento às cidades especificadas. Por sua vez, o Decreto n. 3.643/2000 era uma reprodução do Decreto n. 1.656/95, o qual também já previa a existência dos acréscimos sobre a diária. Em resumo, a inclusão dos citados acréscimos sobre as diárias remonta a 1995 (Decreto n. 1.656).

A única distinção em relação aos decretos mencionados é que, no último, estabeleceu-se uma regra única para os deslocamentos em que incide o percentual de 50%, deixando de ser exclusivo para as cidades com população acima de 200.000 habitantes (exigência dos decretos anteriores) e passando a contemplar todas as demais cidades que não fossem relacionadas nos percentuais anteriores.

Significou, pois, mudança de critério para concessão do acréscimo do deslocamento, visando a abranger municípios com menos de 200 mil habitantes, em decorrência de prejuízos constatados nas realizações de ações policiais e de controle e fiscalização, sendo que os percentuais de acréscimo não incidem sobre a indenização de campo, na forma do Decreto n. 5.554/2005 e tampouco incidiam anteriormente.

Os Decretos n. 1.656/95 e n. 3.643/00, nos seus Anexos 'I', já estabeleciam, expressamente, que a diária era de R$ 57,28, prevendo, também, acréscimos de 90%, 80%, 70% e 50% a depender da cidade para onde se deslocaria o servidor. O Decreto n. 1.656 vigeu de 1995 a 2000, quando entrou em vigor o Decreto n. 3.643. Já este, por sua vez, vigeu até 04.10.2005, quando, então, foi revogado pelo Decreto n. 5.554/05. Este último, esclareça-se, manteve inalterado o valor de R$ 57,28 da diária, bem como os acréscimos de 90%, 80%, 70% e 50%, modificando, tão somente, a relação das cidades que seriam contempladas com um ou outro percentual.

Logo, à sua vigência não se pode emprestar qualquer efeito de reajuste no valor das diárias. Como poderia o Decreto n. 5.554/05 ter criado direito novo se ele não trouxe uma única previsão nova, tendo apenas repetido direitos já outrora concedidos pelo Decreto n. 1.656/95 e ratificados pelo Decreto n. 3.643/00? Trata-se, portanto, de uma questão lógica.

Vale ressaltar que *o valor nominal da diária, tanto nos Decretos n. 1.656/1995 e n. 3.643/00, como no Decreto n. 5.554/2005, continuou o mesmo, ou seja, R$ 57,28, evidenciando que, se não houve acréscimo em seu valor nominal, é impossível o reajuste da indenização de campo nos moldes determinados pelo decisum regional*.

Para melhor compreensão da questão, deve-se lembrar que *a diária e a indenização de campo*, apesar de terem por escopo indenizar o servidor pelos afastamentos e deslocamentos, *tem naturezas jurídicas completamente distintas*.

A *indenização de campo* tem por objetivo *indenizar o servidor em razão de atividades no* ***mesmo município****, fora da sede da Entidade Pública,*

atividades essas que eram desenvolvidas, originariamente, na zona rural, mas que hoje, em razão de epidemias como a dengue, por exemplo, também são desenvolvidas nas zonas urbanas, ou seja, o servidor não viaja para fora da sede do Município, tanto que volta no mesmo dia e, normalmente, recebe a referida indenização trabalhando próximo a sua residência.

Essa 'indenização de campo' é paga sem prejuízo do direito do servidor ao auxílio alimentação e sem a necessidade de pernoite.

No passado, esses agentes endêmicos somente existiam nas capitais e o trabalho era desenvolvido especificamente nas zonas rurais, cujo objetivo principal era o combate ao 'barbeiro', responsável pela doença de chagas, e o combate à malária, razão do seu nome 'indenização de campo', porque era necessário o deslocamento da sede, na capital, para o campo e, por ser uma atividade de certo modo desgastante, *tem a natureza jurídica de compensação*.

A diária, por seu turno, *tem por objetivo indenizar o servidor das despesas com hospedagem e alimentação que eventualmente serão feitas em face de seu deslocamento* ***para outros municípios***, do mesmo Estado ou de outros Estados da Federação. *Tem a natureza jurídica de ressarcimento*.

Como se observa, a diária é paga para indenizar as despesas feitas pelo servidor com estada e alimentação, conforme se verifica do art. 58 da Lei 8.112/90, enquanto a indenização de campo é devida ao servidor, unicamente, quando ele se desloca para fora da sede para realizar o trabalho de campo, *sendo importante ressaltar que o recebimento da indenização de campo não prejudica o recebimento do auxílio-alimentação pelo servidor nem exige o pernoite, que resultaria em despesas com hospedagem*, enquanto que o recebimento da diária pelo servidor, *impede o recebimento do auxílio-alimentação durante o afastamento*, por já estar incluído no valor da diária, é utilizada para custear, ainda, as despesas com hospedagem.

Se as indenizações (diária e 'indenização de campo') fossem idênticas em tudo, inclusive para incidência de percentuais de deslocamentos, não haveria motivo para não se enquadrarem no mesmo tipo indenizatório. Justamente porque são de natureza distinta é que comportam as diferenças já apontadas, somente *devendo-se observar a equivalência na revisão do valor absoluto entre as mesmas*.

Ora, o reajuste no valor das diárias, a ensejar reflexo no pagamento da indenização de campo, é o reajuste do valor nominal da verba, dado que o percentual destinado aos acréscimos por deslocamento para determinadas cidades, visa atender situações excepcionais, ocasionadas: 1) pela distância da sede onde se presta o trabalho; 2) pelos preços da rede hoteleira e do custo de vida e de transporte nas cidades de grande porte. Por isso são estabelecidos percentuais diferenciados de acordo com o peso econômico/custo da cidade.

Os acréscimos de 50 a 90% foram criados para compensar as diferenças de custo de vida existentes entre as cidades de destino, de modo a tornar a diária suficiente para suprir as despesas resultantes do seu deslocamento, sem prejuízo dos vencimentos dos servidores. Quanto maior o custo estimado da cidade, maior o acréscimo no valor da diária.

Vê-se, assim, que não há razão alguma para que tal acréscimo sobre a diária seja também adotado para calcular a indenização de campo, posto que a justificativa do acréscimo (custo de vida das cidades) não guarda relação alguma com a indenização de campo, em que o servidor sequer se desloca para outra cidade.

Ademais, vale destacar que as verbas em questão tem caráter indenizatório – não são verbas remuneratórias. Entretanto, como o custo de vida das cidades não tem relação com o pagamento da indenização de campo, pode-se concluir que a extensão daquele acréscimo a esta verba não terá efeito indenizatório, haja vista que o acréscimo não corresponderá a um aumento de despesas do servidor.

O acréscimo, no caso da indenização de campo, gerará um aumento patrimonial do servidor, já que haverá ingresso de dinheiro sem o respectivo gasto, de modo a configurar verdadeiro aumento remuneratório por via indireta.

Diante disso, o pedido autoral no sentido de que a diária seja considerada como o valor consignado no Decreto n. 5.554/2005, com o acréscimo do percentual relativo ao deslocamento de 50%, não encontra respaldo legal.

Nesse sentido, *o acórdão regional há que ser reformado, eis que o Decreto n. 5.554/2005 não majorou o valor das diárias, de forma a ensejar a equiparação do valor da indenização de campo, com a aplicação do acréscimo de 50% (cinqüenta por cento)*.

Vale ressaltar que os servidores, em demandas anteriores, pleiteavam que a indenização fosse paga na proporção de 46,87% da diária de R$ 57,28, deixando claro seu entendimento de que o acréscimo de 50% não poderia integrar a diária. Somente agora pretendem os servidores que o acréscimo se incorpore a sua diária e sirva de base de cálculo para a indenização de campo.

Frise-se que, *em decorrência das inúmeras demandas judiciais decorrentes do Decreto n. 1.656/1995, foi editada a Portaria n. 406/2002, que, pacificando as discussões, estabeleceu que, a partir de 1º de agosto de 2002, o valor da indenização de campo passaria a ser de R$ 26,84 (46,87% da diária de R$ 57,28). Tem-se assim que, com o estabelecimento desse novo valor pela citada portaria, a indenização de campo foi majorada em 53,78% (de R$ 17,46 para R$ 26,85). Contudo, agora se está pretendendo um novo acréscimo de 49,98% (de R$ 26,85 para R$ 40,27), o que implicaria, em todo o período, em*

um reajuste na órbita de 130,64% (de R$ 17,46 para R$ 40,27), sem o devido amparo legal. Inegável, ainda, o significativo impacto financeiro decorrente de tal entendimento.

Vale insistir: o Decreto n. 5.554/2005 teve como finalidade disciplinar melhor o percentual de deslocamento para todas aquelas cidades de pequeno porte que, por não se encontrarem acima dos 200.000 habitantes, não estavam definidas claramente nos Decretos anteriores (Decretos n. 1.656/95 e 3.643/2000). Todavia, o diploma não trouxe alteração substancial sobre a matéria, mantendo intocáveis o valor da diária (R$ 57,28), os percentuais dos acréscimos (50 a 90%) e, por consequência, o quantum fixado da indenização de campo (R$ 26,84).

Constata-se, assim, que o Decreto n. 5.554/05 não trouxe nenhum aumento linear no valor das diárias a ensejar o aumento do valor pago a título de indenização de campo, conforme requerido.

Diante do exposto, não há que se falar na concessão de inclusão do acréscimo de 50% no valor da diária, para fins de cálculo da indenização de campo – por ausência de amparo legal.

Vê-se, assim, que a análise detalhada das normas é suficiente para a solução da controvérsia, não havendo, na presente discussão, necessidade de revolvimento de fatos e provas.

III.2 – Do entendimento atual do STJ na matéria.

Destaca-se que o entendimento defendido pela FUNASA vem sendo acolhido no âmbito dessa Colenda Corte conforme demonstram os precedentes que abaixo destacamos:

> Administrativo e Processual Civil. Diárias de campo. FUNASA. Decreto 5.554/2005. Criação do adicional de deslocamento. Não incidência na indenização de campo.
>
> 1. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que 'a fixação de percentual variável, de adicional ao pagamento de diária, para adequação à realidade econômica da localidade visitada não tem a faculdade de reajustar a referida indenização e, por conseguinte, não viola o art. 15 da Lei n. 8.270/91' (AgRg no REsp 1.283.707/PB, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 8.2.2013).
>
> 2. Agravo Regimental não provido.
>
> (AgRg no AREsp 515.035/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 25/09/2014)

> Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Servidor público federal. Servidores da FUNASA.

Indenização de campo. Reajustamento de 46,87%. Art. 15 da Lei 8.270/1991. Reajuste das diárias pelo Decreto 5.554/2005. Natureza distinta. Inexistência de aumento linear. Precedentes da Segunda Turma do STJ. Agravo regimental não provido.

1. *A Segunda Turma do STJ no julgamento do AgRg no REsp 1.283.707/PB, da relatoria do Min. Humberto Martins, decidiu que 'a fixação de percentual variável, de adicional ao pagamento de diária, para adequação à realidade econômica da localidade visitada não tem a faculdade de reajustar a referida indenização e, por conseguinte, não viola o art. 15 da Lei n. 8.270/91. Aliás, a controvérsia fica claramente diferenciada quando se visualiza que a Terceira Seção já demarcou a natureza jurídica distinta entre 'diária' e 'adicional de localidade'. Precedente: AgRg na Pet 7.148/GO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJe 2.9.2009' (julgado em 18/12/2012, DJe 08/02/2013).*

2. No mesmo sentido: REsp 1.264.429/PB, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05/11/2013, DJe 20/02/2014.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 498.017/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014, DJe 17/06/2014) grifos nossos

Administrativo. Processual Civil. *Diárias de campo. FUNASA. Decreto 5.554/2005. Criação do adicional de deslocamento. Não incidência na indenização de campo. Precedente da Segunda Turma*.

1. *Cuida-se de recurso especial interposto pela Fundação Nacional de Saúde (FUNASA) contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região que consignou que o Decreto n. 5.554/2005 teria fixado novos valores para as diárias e, portanto, deveria incindir em relação às diárias de campo para evitar a violação do art. 15 da Lei n. 8.270/91*.

2. Não há violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil quando a controvérsia é dirimida de forma integral e com fundamentação suficiente.

3. Não é possível apreciar alegações de violação da Constituição Federal em sede de recurso especial, sob pena de usurpar a função jurisdicional outorgada ao Pretório Excelso.

4. *A Segunda Turma mudou o seu entendimento recentemente sobre o tema em acórdão, de minha relatoria, pelo qual se determinou que 'a fixação de percentual variável, de adicional ao pagamento de diária, para adequação à realidade econômica da localidade visitada não*

tem a faculdade de reajustar a referida indenização e, por conseguinte, não viola o art. 15 da Lei n. 8.270/91' (AgRg no REsp 1.283.707/PB, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 8.2.2013).

Recurso especial conhecido em parte e provido.

(REsp 1.264.429/PB, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05/11/2013, DJe 20/02/2014)

Tem-se, assim, que *os precedentes utilizados pela Douta Relatora não podem constituir óbice ao conhecimento e provimento do presente recurso* (fls. 485/491e).

Por fim, requer que "seja acolhido o presente agravo para a reconsideração da decisão ora impugnada, com o provimento do recurso especial da FUNASA ou que se determine o julgamento da questão em tela pela Egrégia Turma, caso assim não se entenda" (fl. 491e).

É o relatório, no essencial.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): Não obstante os argumentos expendidos no Agravo Regimental, a decisão combatida merece ser mantida.

Na espécie, cuida-se de Ação Ordinária, ajuizada por servidores da FUNASA, objetivando o pagamento, desde outubro de 2005, da indenização de campo reajustada no mesmo percentual da menor diária, de nível D (R$ 57,28), com acréscimo de 50%, que *sempre* incide sobre a diária para as localidades que não sejam capital de Estado, ao fundamento de que o Decreto 5.554/2005, ao assim dispor, majorou, dissimulada e indevidamente, o valor da diária, de nível D, não observando, porém, a equivalência de 46,87% entre o reajuste da diária e o da indenização de campo, conforme previsto no art. 15 da Lei 8.270/91, que estabeleceu que a indenização de campo, criada pela Lei 8.216/91, "será reajustada pelo Poder Executivo na mesma data e percentual de revisão dos valores de diárias".

A sentença julgou procedente a ação, entendendo que a incidência, *sempre*, do percentual de 50% sobre a menor diária, de nível D, em *quaisquer deslocamentos*, que não para as capitais dos Estados, representou majoração indireta e dissimulada do valor da diária, de nível D, ante o seu *caráter* de

generalidade. Condenou a FUNASA "*a implantar nos contracheques dos autores a indenização de campo, prevista no artigo 16 da Lei 8.216/91 e no artigo 15 da 8.270/91, no valor de R$ 40,27 (quarenta reais e vinte e sete centavos)*", bem como ao "*pagamento das parcelas da indenização, desde 20/10/2005 até a data da sua efetiva implantação, relativas à diferença entre o valor de R$ 40,27 e o que vinha sendo pago R$ 26,85 (vinte e seis reais e oitenta e cinco centavos). Acrescidas de juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês (art. 1º.F da Lei 9.494/97), a partir da citação, e devidamente corrigidas nos moldes da legislação vigente*" (fl. 78e).

O Tribunal de origem manteve a sentença, consignando que o Decreto 5.554/2005 não observou os ditames do art. 15 da Lei 8.270/91, quando fixou o novo e menor valor para a diária, de nível D (R$ 85,92 = R$ 57,28 + 50% de R$ 57,28), *para quaisquer localidades* que não sejam capital de Estado, e quando estabeleceu o valor da indenização de campo, sem respeitar a correspondência de 46,87% entre o percentual de reajuste da diária e o da referida indenização de campo.

A decisão ora agravada regimentalmente negou provimento ao Recurso Especial da FUNASA (fls. 473/479e).

O acórdão recorrido assim consignou, *in verbis*:

> Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela FUNASA *em face da sentença que, em ação ordinária julgou procedente o pedido autoral para condenar a FUNASA a implantar nos contracheques dos autores a indenização por trabalho de campo, prevista no art. 16, da Lei n. 8.216/91, c/c o art. 15, da Lei n. 8.270/91, relativos' à diferença entre o valor de R$ 40,27 (quarenta reais e vinte e sete centavos) e o valor que vinha sendo pago (R$26,85 - vinte e seis reais e oitenta e cinco centavos)*, tudo acrescido de juros de mora fixados no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação e correção monetária, bem como honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das diferenças apuradas, devidamente corrigidas.
>
> Consoante se percebe, *o cerne da questão consiste em se investigar a vinculação entre o valor da indenização recebida pelos servidores, em razão de trabalhos de campo por eles realizados e o valor da chamada diária de nível 'D' - devida aos ocupantes de cargos ou de empregos de nível médio, auxiliar ou equivalente, consoante previsão legal contida no art. 16, da Lei n. 8.216/91, e do art. 15, da Lei n. 8.270/91*.
>
> *A Lei n. 8.216, de 13 de agosto de 1991, assim dispôs*:
>
> > Art. 16. *Será concedida, nos termos do regulamento, indenização de Cr$ 4.200,00 (quatro mil e duzentos cruzeiros) por dia, aos servidores que se*

> *afastarem do seu local de trabalho, sem direito à percepção de diária, para execução de trabalhos de campo*, tais como os de campanhas de combate e controle de endemias; marcação, inspeção e manutenção de marcos decisórios; topografia, pesquisa, saneamento básico, inspeção e fiscalização de fronteiras internacionais.
>
> Parágrafo único. *É vedado o recebimento cumulativo da indenização objeto do caput deste artigo com a percepção de diárias*.

Por sua vez, *o art. 15 da Lei n. 8.270, de 17 de dezembro de 1991, ao tratar do tempo e da forma do reajuste da Indenização de Campo assim orienta*:

> Art. 15. *A indenização criada pelo art. 16 da Lei n. 8.216/91*, é fixada em nove mil cruzeiros e será reajustada pelo Poder Executivo *na mesma data e percentual de revisão dos valores de diárias*.

Diante dos dispositivos legais supracitados, *exsurge inequívoca a interpretação de que o valor da 'Indenização de Campo' deve manter sintonia e proporcionalidade com os das diárias devidas aos servidores civis da União e suas autarquias. Assim, sempre que forem reajustadas as diárias, deverá, de igual modo, ser reajustada a Indenização de Campo e, ainda, dito reajuste deverá obedecer aos mesmos índices*.

Acerca da matéria debatida nestes autos, já é pacífico o entendimento, desta Egrégia Corte no sentido de que, se a razão entre a indenização de campo e a diária ao tempo da Lei era de 46,87%, esta proporção deve permanecer inalterada.

Ademais, é de se ressaltar que, *em setembro de 2002, a FUNASA, através da Portaria n. 406, com efeitos financeiros a partir de ago/02, implantou percentual de reajuste para indenização de campo na mesma base de correção das diárias*. Dessa forma, restou patente que a vinculação em debate encontra amparo legal.

Ocorre que o Decreto n. 5.554/2005,- não observando os ditames do art. 15, da Lei n. 8.270/91, fixou os novos valores para as diárias de nível 'D' (R$ 85,92) e a indenização de campo (R$ 26,85) sem respeitar a correspondência entre o percentual da diária e o da referida indenização (46,87%), em nítida violação ao referido artigo.

A respeito da questão, oportuna a transcrição de significativo precedente desta egrégia Segunda Turma a seguir:

> Administrativo. Servidor. Indenização de campo. Lei n. 8.216/91 e Lei n. 8.270/91. Diferença entre o percentual de 46,87% e o de 30,48%. Equação legal não observada pelo Decreto n. 5.554/2005. Direito à percepção das diferenças. Honorários. Redução para o percentual de 10% sobre a condenação. (...) 2. *O Decreto n. 5.554/2005 não obedeceu aos ditames do art. 15, da Lei n. 8.270/91, ao fixar os novos valores para as diárias de nível 'D' (R$ 85,92) e a indenização de campo (R$ 26,85), não respeitando a correspondência entre o percentual da diária e o da referida indenização (46,87%), em nítida*

> *violação ao referido artigo*. 3. Hipótese em que, *se já vigente disposição legal prevendo acerca da forma de reajuste da indenização citada, deveria esta ter sido observada pela Administração ao modificar, por decreto, os valores atinentes à indenização de campo, respeitando-se a proporção legalmente estabelecida por ato normativo - lei - de hierarquia superior. 4. Direito ao pagamento das diferenças entre o valor devido a título de indenização de campo (R$ 40,27) e o valor pago a menor pela FUNASA (R$ 26,85)*. 5. Honorários fixados pela sentença apelada em 20% da condenação e reduzidos para 10% do montante condenatório, nos termos do art. 20, parágrafo 4º do CPC e em razão da simplicidade da causa. 6. Remessa Oficial parcialmente provida tão-somente para reduzir os honorários de advogado. 7. Apelação improvida (Origem: Tribunal – Quinta Região Classe: AC - Apelação Cível - 439635 Processo: 200782000072647 UF: PB Órgão Julgador: Segunda Turma Data da decisão: 30/09/2008 Documento: TRF500169186 Fonte DJ - Data: 15/10/2008 - Página: 245 -: 200 Relator(a) Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira Decisão unânime) (grifos nossos)

> A respeito dos juros de mora devidos a servidores públicos, decorrentes de condenação imposta à Fazenda Pública, o Colendo STJ já firmou o entendimento de que nas ações ajuizadas após o início da vigência da MP n. 2.180-35 (24.08.2001), que acrescentou o art. 1º-F ao texto da Lei n. 9.494/97, os juros moratórios devem ser fixados no percentual de 6% ao ano, hipótese que se aplica no caso dos autos, uma vez que a demanda foi ajuizada em 11.12.2007.
>
> Quanto ao percentual devido pela parte ré a título de honorários advocatícios, entendo, em conformidade com inúmeros precedentes deste egrégio Tribunal, que o feito cuida de matéria já bastante conhecida e de fácil deslinde, não exigindo do causídico grandes esforços para a solução do conflito, mantendo-se, portanto, o valor fixado.
>
> Diante do exposto, *conheço mas nego provimento à remessa oficial e à apelação interposta pela FUNASA* (fls. 122/124e).

De fato, a indenização de campo foi fixada, pelo art. 15 da Lei 8.270, de 17/12/91, no valor de Cr$ 9.000,00 (nove mil cruzeiros), prevendo o dispositivo, ainda, que a verba seria reajustada *na mesma data e pelo mesmo percentual de revisão das diárias pagas aos servidores públicos civis da União*, sendo certo que, à época, o valor da diária do servidor da União, de nível D – menor valor de diária fixado pelo Decreto 343, de 19/11/91 –, era de Cr$ 19.200,00 (dezenove mil e duzentos cruzeiros), correspondendo a indenização de campo a *46,87%* do valor da menor diária paga a servidor da União (nível D).

Essa equivalência deveria ser observada nos posteriores reajustes da indenização de campo. Ocorre que, com a edição do Decreto 1.656, de 03/10/95,

fixando a diária do servidor da União, de nível D, em R$ 57,28 (cinqüenta e sete reais e vinte e oito centavos), e o valor da indenização de campo em R$ 17,46 (dezessete reais e quarenta e seis centavos), esta última passou a corresponder *apenas* a 30,48% do valor da diária de nível D, resultando em uma perda de 16,39%, *em afronta ao art. 15 da Lei 8.270/91*.

Registre-se que, no referido Decreto 1.656/95 estabeleceu-se uma parcela fixa a ser paga a título de diária, acrescida de um adicional variável, dependendo da cidade de deslocamento do servidor, equivalente a 0%, na hipótese de cidades com menos de 200.000 (duzentos mil) habitantes, a 50%, para as cidades com mais de 200.000 (duzentos mil) habitantes, e a 70%, 80% e 90%, conforme as localidades nele mencionadas.

O Decreto 3.643, de 26/10/2000, repetiu os mesmos valores, constantes do Decreto 1.656/95, para o valor básico da menor diária, de nível D (R$ 57,28), e para o da indenização de campo (R$ 17,46).

As Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte, diante desse quadro, há muito, entendiam que o reajuste da indenização de campo, prevista no art. 16 da Lei 8.216/91, deve corresponder ao percentual de reajuste atribuído às diárias, na forma que determina o art. 15 da Lei 8.270/91.

Confiram-se os precedentes:

> Processual Civil e Administrativo. Análise de matéria constitucional em sede de recurso especial. Inviabilidade. Ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil. Omissão manifesta. Ausência. Conclusão lógico-sistemática do *decisum*. Precedentes. *Servidores da Fundação Nacional de Saúde. Indenização instituída pelo art. 16 da Lei n. 8.216/91. Reajuste. Lei 8.270/91*. Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido.
>
> I - A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de ser incabível recurso especial para apreciar conflitos atinentes ao exame do texto constitucional, o que é reservado ao recurso extraordinário, de competência do Supremo Tribunal Federal.
>
> II - Para admitir-se o recurso especial com esteio nos artigos 458 e 535 do Código de Processo Civil a omissão tem de ser manifesta, ou seja, imprescindível para o enfrentamento da *quaestio* nas Cortes superiores. No caso dos autos, não é o que se verifica.
>
> III - Ademais, compete ao magistrado fundamentar todas as suas decisões, de modo a robustecê-las, bem como afastar qualquer dúvida quanto a motivação tomada, tudo em respeito ao disposto no artigo 93, IX, da Carta Magna de 1988. Cumpre destacar que deve ser considerada a conclusão lógico-sistemática adotada pelo *decisum*, como ocorre *in casu*.

> IV - *Nos termos da Lei n. 8.270/91, a indenização criada pelo art. 16 da Lei n. 8.216/91, deve ser reajustada pelo Poder Executivo na mesma data e percentual de revisão dos valores de diárias. Esta previsão resulta na garantia de que a indenização deve sempre corresponder ao valor de 46,87% das diárias, tendo em vista que esta proporção permanece inalterada, independentemente do percentual de reajuste aplicado nas diárias*.
>
> V - Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido (STJ, REsp 690.309/PB, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJU de 13/06/2005).
>
> Recurso especial. Julgamento unipessoal. Possibilidade. *Indenização prevista no art. 16 da Lei n. 8.216/91. Reajuste*. Precedente da 5ª Turma. Agravo regimental improvido (STJ, AgRg no Ag 1.008.180/PA, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, DJe de 28/09/2009).

O próprio Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, pela Portaria 406, de 02/10/2002, com fundamento no art. 15 da Lei 8.270/91, estabeleceu que a indenização de campo deveria corresponder a 46,87% do valor da diária – que, na ocasião, para o nível D, equivalia a R$ 57,28 (cinquenta e sete reais e vinte e oito centavos) –, reajustando a indenização de campo para *R$ 26,85 (vinte e seis reais e oitenta e cinco centavos)*, com efeitos financeiros a contar de 01/08/2002.

Posteriormente, entretanto, o Decreto 5.554, de 04/10/2005, manteve o valor básico anterior da diária de nível D (R$ 57,28) e o da indenização de campo (R$ 17,46), previstos nos Decretos 1.656/95 e 3.643/2000 – valor da indenização de campo que já havia sido *majorado*, pela Portaria ministerial *402/2002*, para R$ 26,85 (vinte e seis reais e oitenta e cinco centavos), *correspondente a 46,87% de R$ 57,28 (cinquenta e sete reais e vinte e oito centavos)*, menor valor da diária, de nível D –, e, em relação ao percentual variável, *a ser acrescido ao valor básico da diária*, estabeleceu que o seu *valor mínimo* seria de 50% (cinquenta por cento), para *quaisquer* localidades que não as capitais dos Estados.

Nesse contexto, a Segunda Turma desta Corte, no julgamento, em 18/12/2012, do Agravo Regimental no REsp 1.283.707/PB – *de cuja sessão não participei* –, a partir do voto-vista proferido pelo Ministro *Mauro Campbell Marques*, entendeu que "a fixação de percentual variável, de adicional ao pagamento de diária, para adequação à realidade econômica da localidade visitada *não* tem a faculdade de reajustar a referida indenização e, por conseguinte, não viola o art. 15 da Lei n. 8.270/91" (STJ, AgRg no REsp 1.283.707/PB, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Segunda Turma*, DJe de 08/02/2013).

No seu voto-vista, proferido no AgRg do REsp 1.283.707/PB – que foi acompanhado pelos Ministros *Herman Benjamin* e *Humberto Martins*, Relator, o último em retificação de voto –, o Ministro *Mauro Campbell Marques* deu provimento ao Agravo Regimental da FUNASA, para dar provimento ao seu Recurso Especial, consignando, *in verbis*:

> *Em face das reiteradas decisões judiciais, o próprio Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, através da Portaria n. 406/2002, estabeleceu que o valor da indenização de campo voltaria a corresponder a 46,87% da diária de concessão, equivalente a R$ 57,28.*
>
> Entretanto, *o cerne da controvérsia discutida nos presentes autos não se subsume àquela objeto da Portaria n. 406/2002, e tampouco foi objeto de análise nos precedentes acima mencionados e naqueles que serviram de fundamento para aplicação, pelo Ministro Relator, do óbice da Súmula 83/STJ. Isto porque o que se postula na presente ação é o pagamento do adicional de 50% no cálculo da indenização de campo, sob o fundamento de que, ao estender tal adicional aos servidores que percebem diária pelo deslocamento para todas as cidades com menos de 200.000, o Decreto n. 5.554/05 não observou a equivalência de 46,87% existente entre as diárias e a indenização de campo*.
>
> Especificamente em relação aos acréscimos devidos para deslocamento a determinadas cidades, o Decreto n. 3.643, de 26 de outubro de 2000, reproduziu em parte o Decreto n. 1.656/95, e, posteriormente, foi alterado pelo Decreto n. 5.554, de 4 de outubro de 2005, segundo o qual o percentual de 50% deixaria de ser exclusivo para as cidades de população acima de 200.000 habitantes, passando a contemplar todas as demais cidades que já não estivessem expressamente relacionadas em seu Anexo 'I' [Brasília (DF), Manaus (AM), São Paulo (SP), Rio de Janeiro (RJ), Recife (PE), Belo Horizonte (MG), Porto Alegre (RS), Belém (PA), Fortaleza (CE) e Salvador (BA), e demais capitais]. *Todavia, essa última norma não reajustou o valor nominal das diárias dos servidores da Funasa, que continuou a ser de R$ 57,28, mas apenas efetuou modificações em relação ao pagamento dos adicionais de 90%, 80%, 70% e 50% sobre a diária, os quais variam de acordo com as peculiaridades econômicas da localidade para o qual o servidor é designado temporariamente*.
>
> É importante considerar, quanto ao ponto, que *as diárias e a indenização de trabalho de campo possuem naturezas distintas*, já que aquelas são destinadas a cobrir custos tidos pelo servidor no exercício de suas atividades fora do local de sua lotação, ou seja, quando há necessidade de hospedagem e alimentação em local diverso de sua residência. Por sua vez, as indenizações de campo são destinadas a cobrir os custos que o servidor tem na prestação de serviços fora de sua sede administrativa, mas dentro da mesma lotação funcional. Nesse último caso, o servidor permanece do mesmo município, apenas se deslocando para fora da sede da autarquia, razão pela qual é desnecessário o pernoite em local diverso

> de sua residência. Daí porque *o Decreto n. 1.656/1995, alterado pelo Decreto n. 5.554/2005, estabeleceu, além do pagamento de diárias, um adicional específico que incide a depender da cidade para a qual o servidor se desloca, guardando relação com o custo de vida e dificuldade de acesso de cada localidade, e que, por tal motivo, não interfere no valor das indenizações de campo, pois nesse caso não há deslocamento para outra cidade*.
>
> Assim, a meu ver, *as alterações introduzidas pelo Decreto n. 5.554/2005 não promoveram um aumento linear nas diárias dos servidores públicos, e, por conseguinte, não justificam qualquer reajustamento da indenização de campo, na medida em que a nova norma efetuou unicamente modificações quanto ao elenco das localidades para as quais o deslocamento do servidor importaria a percepção de um adicional mínimo de 50%, anteriormente concedido apenas em relação às cidades de população superior a 200.000 (duzentos mil) habitantes*, adicional que, vale ressaltar, já existia desde a edição do Decreto n. 1.656/1995 *e se destina a cobrir despesas de estada na localidade a que o servidor se desloca. Não houve, por conseguinte, afronta à proporcionalidade entre o valor da diária e a indenização de campo de que trata o art. 16 da Lei 8.216/91*.

Vale anotar que, após, em 05/11/2013, no julgamento do REsp 1.264.429/PB (Rel. Ministra *Eliana Calmon*, Rel. p/ acórdão Ministro *Humberto Martins*, *Segunda Turma*, DJe de 20/02/2014), a Segunda Turma manteve o referido posicionamento, porém, com o voto divergente vencido da Ministra *Eliana Calmon*, cujos fundamentos – reportando-se ao entendimento manifestado pela Segunda Turma, no anterior REsp 1.283.707/PB, e ao voto-vista nele proferido pelo Ministro *Mauro Campbell Marques* – seguem transcritos, *in verbis*:

> *Tem-se, na origem, ação intentada por servidores da FUNASA, alegando ter o Decreto 5.554/05, ao fixar o valor das diárias nível 'd' em R$ 57,28, acrescido ao menos de 50%, percentual mínimo agregado às diárias em caso de deslocamento, fixado o valor de referida diária em R$ 85,92 (R$ 57, 28% + 50% de R$ 57,28 = R$ 85,92). Assim, para manter a proporcionalidade estabelecida pelo art. 15 da Lei 8.270/91, no sentido de a indenização de campo corresponder a 46,87% da diária nível 'd', deveria estar sendo pago R$ 40,27 (R$ 85,92 x 46,875%), porém continua sendo paga no valor de R$ 26,84, de acordo com a Portaria 406/2002 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Requerem*, com base nessa argumentação, *a elevação da indenização de campo para R$ 40,27*.
>
> *O pedido foi julgado procedente em primeiro grau (sentença às fls. 60/65), decisão parcialmente mantida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região*, modificado tão-somente o valor dos honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação, o que ensejou a interposição do presente recurso especial.
>
> (...)
>
> *A Segunda Turma desta Corte, em recente julgamento, concluiu não ter o Decreto 5.554/05 promovido aumento linear nas diárias dos servidores públicos que*

justificasse o aumento da indenização de campo, com fundamento na manutenção da proporcionalidade prevista no art. 15 da Lei 8.270/91. Confira-se o seguinte trecho do voto vista proferido pelo Ministro Mauro Campbell Marques no julgamento do AgRg no REsp 1.283.707/PB, verbis:

> É importante considerar, quanto ao ponto, que *as diárias e a indenização de trabalho de campo possuem naturezas distintas*, já que aquelas são destinadas a cobrir custos tidos pelo servidor no exercício de suas atividades fora do local de sua lotação, ou seja, quando há necessidade de hospedagem e alimentação em local diverso de sua residência. Por sua vez, as indenizações de campo são destinadas a cobrir os custos que o servidor tem na prestação de serviços fora de sua sede administrativa, mas dentro da mesma lotação funcional. Nesse último caso, o servidor permanece no mesmo município, apenas se deslocando para fora da sede da autarquia, razão pela qual é desnecessário o pernoite em local diverso de sua residência. *Daí porque o Decreto n. 1.656/1995, alterado pelo Decreto n. 5.554/2005, estabeleceu, além do pagamento de diárias, um adicional específico que incide a depender da cidade para a qual o servidor se desloca, guardando relação com o custo de vida e dificuldade de acesso de cada localidade, e que, por tal motivo, não interfere no valor das indenizações de campo, pois nesse caso não há deslocamento para outra cidade.*
>
> Assim, a meu ver, *as alterações introduzidas pelo Decreto n. 5.554/2005 não promoveram um aumento linear nas diárias dos servidores públicos, e, por conseguinte, não justificam qualquer reajustamento da indenização de campo, na medida em que a nova norma efetuou unicamente modificações quanto ao elenco das localidades para as quais o deslocamento do servidor importaria a percepção de um adicional mínimo de 50%, anteriormente concedido apenas em relação às cidades de população superior a 200.000 (duzentos mil) habitantes, adicional que, vale ressaltar, já existia desde a edição do Decreto n. 1.656/1995 e se destina a cobrir despesas de estada na localidade a que o servidor se desloca. Não houve, por conseguinte, afronta à proporcionalidade entre o valor da diária e a indenização de campo de que trata o art. 16 da Lei 8.216/91*.

Referido entendimento foi adotado, em vista regimental pelo relator, Ministro Humberto Martins, estando o acórdão assim ementado:

> Administrativo. Processual Civil. Servidor público federal. FUNASA. Alegada violação do art. 15 da Lei n. 8.270/91. Reajuste das diárias pelo Decreto n. 5.554/2005. Inexistência. Natureza jurídica diversa. Precedente da Terceira Seção.
>
> 1. *Cuida-se de recurso especial que postula reformar o acórdão no qual se consignou ter o Decreto n. 5.554/2005 violado a proporção necessária das*

indenizações de campo do art. 16 da Lei n. 8.216/91 para com as diárias, pelo que dispõe o art. 15 da Lei n. 8.270/91.

2. *O referido decreto, além de fixar os valores das diárias reiterou a elas a instituição de um adicional, em razão da localidade do deslocamento do servidor, como se visualiza do seu anexo I*.

3. *A fixação de percentual variável, de adicional ao pagamento de diária, para adequação à realidade econômica da localidade visitada não tem a faculdade de reajustar a referida indenização e, por conseguinte, não viola o art. 15 da Lei n. 8.270/91. Aliás, a controvérsia fica claramente diferenciada quando se visualiza que a Terceira Seção já demarcou a natureza jurídica distinta entre 'diária' e 'adicional de localidade'. Precedente: AgRg na Pet 7.148/GO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJe 2.9.2009*.

Agravo regimental provido para dar provimento ao recurso especial.

(AgRg no REsp 1.283.707/PB, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18/12/2012, DJe 08/02/2013)

Não parece ser essa, *data venia*, a melhor exegese acerca do tema.

A indenização de campo foi criada pela Lei 8.216/2001, sendo devida aos servidores que se afastam do local de trabalho para execução de trabalhos de campo, porém, não chegam a pernoitar em local diverso, razão pela qual não lhes é devido o pagamento de diárias. O dispositivo está assim redigido:

Art. 16. *Será concedida, nos termos do regulamento, indenização de Cr$4.200,00 (quatro mil e duzentos cruzeiros) por dia, aos servidores que se afastarem do seu local de trabalho, sem direito à percepção de diária, para execução de trabalhos de campo*, tais como os de campanhas de combate e controle de endemias; marcação, inspeção e manutenção de marcos decisórios; topografia, pesquisa, saneamento básico, inspeção e fiscalização de fronteiras internacionais.

Parágrafo único. É vedado o recebimento cumulativo da indenização objeto do caput deste artigo com a percepção de diárias.

A Lei 8.270/91, no art. 15, estabelece que a indenização de campo deve ser reajustada na mesma data e percentual de revisão dos valores das diárias. Naquela ocasião, o valor da diária estava fixado em CR$ 19.200,00 e o valor da indenização de campo era de CR$ 9.000,00, conforme o Decreto n. 343/91. Assim, a indenização de campo correspondia a 46,87% da diária, percentual que deveria ser mantido dali pra frente, diante da previsão legal de reajuste na mesma data e percentual. Confira-se:

Art. 15. *A indenização criada pelo art. 16 da Lei n. 8.216, de 1991, é fixada em nove mil cruzeiros e será reajustada pelo Poder Executivo na mesma data e percentual de revisão dos valores de diárias*.

Apesar disso, foi editado o Decreto 1.656/95, alterando o Decreto 343/91, fixando o valor das diárias em R$ 57,28 e o da indenização em R$ 17,46, rompendo, portanto, com a proporção estabelecida pela Lei 8.270/91. Referido Decreto previa, ainda, um acréscimo percentual às diárias dependendo da cidade de deslocamento. Assim, para Brasília e Manaus, a diária *seria acrescida de 90%*; para São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Belo Horizonte, Porto Alegre, Belém, Fortaleza e Salvador, *de 80%*; para as demais Capitais de Estado, *de 70%; nos deslocamentos para cidades com mais de 200.000 habitantes, de 50%*. Assim, *para alguns deslocamentos, não era devido nenhum acréscimo às diárias, sendo devida a 'diária básica'*.

Diante do rompimento da paridade prevista na Lei 8.270/91, diversas ações foram propostas pelos servidores, firmando-se a jurisprudência desta Corte no sentido de o Decreto 1.656/95 deveria ter reajustado a indenização de campo no mesmo percentual que a diária, de modo a manter a proporção de 46,87%. São exemplos dessa jurisprudência:

> Processual Civil e Administrativo. Análise de matéria constitucional em sede de recurso especial. Inviabilidade. Ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil. Omissão manifesta. Ausência. Conclusão lógico-sistemática do *decisum*. Precedentes. *Servidores da Fundação Nacional de Saúde. Indenização instituída pelo art. 16 da Lei n. 8.216/91. Reajuste. Lei 8.270/91*. Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido.
>
> (...)
>
> IV - *Nos termos da Lei n. 8.270/91, a indenização criada pelo art. 16 da Lei n. 8.216/91, deve ser reajustada pelo Poder Executivo na mesma data e percentual de revisão dos valores de diárias. Esta previsão resulta na garantia de que a indenização deve sempre corresponder ao valor de 46,87% das diárias, tendo em vista que esta proporção permanece inalterada, independentemente do percentual de reajuste aplicado nas diárias*.
>
> V - Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido.
>
> (REsp 690.309/PB, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 19/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 338)

> Processual Civil e Administrativo. Embargos de declaração. Concessão de efeito infringente. Excepcionalidade. *Servidores da Fundação Nacional de Saúde. Indenização instituída pelo art. 16 da Lei n. 8.216/91. Reajuste. Lei 8.270/91. Reajuste*. Embargos acolhidos, com a concessão de efeito modificativo.
>
> (...)
>
> II - *Nos termos da Lei n. 8.270/91, a indenização criada pelo art. 16 da Lei n. 8.216/91, deve ser reajustada pelo Poder Executivo na mesma data e percentual de revisão dos valores de diárias. Esta previsão resulta na garantia de que a*

> *indenização deve sempre corresponder ao valor de 46,87% das diárias, tendo em vista que esta proporção permanece inalterada, independentemente do percentual de reajuste aplicado nas diárias*.
>
> III - Embargos de declaração acolhidos, com a concessão do excepcional efeito infringente para conhecer parcialmente do especial e lhe negar provimento.
>
> (EDcl no REsp 603.010/PB, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 17/02/2005, DJ 07/03/2005, p. 323)

Em face das reiteradas decisões acolhendo a tese da necessidade de preservação da proporcionalidade estabelecida pela Lei 8.270/91, o Ministério do Planejamento, Orçamente e Gestão *editou a Portaria n. 406/2002, reajustando a indenização de campo, de modo a restabelecer a proporção entre a diária no valor R$ 57,28 e a indenização, agora fixada no valor de R$ 26,85*. Confira-se a redação do art. 1º da Portaria:

> Art. 1º *O valor da indenização, de que trata o art. 16 da Lei n. 8.216, de 13 de agosto de 1991, concedida aos servidores que se afastam do seu local de trabalho, sem direito à percepção de diária, para execução de trabalho de campo, é reajustado para R$ 26,85 (vinte e seis reais e oitenta e cinco centavos)*.

Veio a lume, então, o Decreto 3.643/2000, repetindo em sua maior parte o disposto no Decreto 1.656/95, seguido pelo Decreto 5.554/05, cerne da presente controvérsia.

O Decreto 5.554/05 não alterou diretamente o valor das diárias ou da indenização de campo. Porém, em seu anexo I, estabeleceu um acréscimo percentual para as diárias, fixando em 90% o acréscimo quando o deslocamento se desse para Brasília ou Manaus; 80% quando o deslocamento fosse para São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Belo Horizonte, Porto Alegre, Belém, Fortaleza e Salvador; 70% nos deslocamentos para as demais Capitais e 50% para os demais deslocamentos.

Assim, deixou de existir uma 'diária básica', pois no mínimo o servidor vai receber como diária o valor de R$ R$ 57,28, acrescido de 50%.

Esse é o questionamento trazido pelos servidores da FUNASA, afirmando que na realidade, a diária básica passou a ter o valor de R$ 57,28, acrescido de 50%, ou seja R$ 85,92 (R$ 57,28% + 50% de R$ 57,28 = R$ 85,92). Esse valor básico, representando o valor efetivo da diária, será acrescido de 40% quando o deslocamento for para Brasília ou Manaus; 30% quando for para São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Belo Horizonte, Porto Alegre, Belém, Fortaleza e Salvador e 20% para as demais Capitais. *Daí porque era necessária a revisão da indenização de campo, de modo a que equivalesse a 46,87% da diária, agora fixada em R$ 85,92*.

Razão assiste, salvo melhor juízo, aos servidores.

Com efeito, ao se determinar o acréscimo de 50% em todos os casos de pagamento de diária, o que ocorreu foi, por meio transverso, um aumento da diária, pois insuficiente o valor previsto para cobrir o deslocamento para qualquer localidade. Em outras palavras, insuficiente o valor previsto para cumprir o objetivo para o qual a verba foi prevista.

Assim, a meu ver, ocorreu sim um aumento da diária, havendo afronta à proporcionalidade entre o valor da diária e a indenização de campo de que trata o art. 16 da Lei 8.216/91, como bem observado pelo aresto recorrido, do qual transcrevo o seguinte trecho, *verbis*:

> Entretanto, *não obstante a FUNASA, a despeito de estar pagando corretamente o valor mínimo de R$ 85,92 referente à diária de nível 'D', continua a pagar o valor de R$ 26,85, a título de indenização de campo, em detrimento da generalização do aumento ocorrido no valor real da diária (acréscimo de, no mínimo, 50%), da equação legal entre a citada diária e a indenização de campo e da quantia correta a ser paga sob esta rubrica, qual seja, o valor de R$ 40,27* (fl. 105).

Como já referido, na égide do Decreto 1.656/95, havia situações em que a diária era paga sem qualquer acréscimo ('diária básica'), ou seja, naquelas hipóteses o valor da diária era suficiente para a finalidade a qual se destina, o que não mais ocorre com a edição do Decreto 5.554/05. Assim, não é correto, com a devida venia, afirmar ter o Decreto 5.554/05 simplesmente reproduzido o adicional já existente no Decreto 1.656/95.

Vale ressaltar, ademais, que o art. 15 da Lei 8.270/91, ao atrelar o reajuste da indenização de campo ao reajuste da diária, na mesma data e percentual, já ligava duas verbas de natureza diversa, uma destinada a remunerar atividades fora da sede, mas dentro da lotação funcional e a outra destinada a cobrir custos de deslocamentos para exercício de atividade fora do local da lotação. Destarte, o argumento de se tratarem de verbas com natureza e objetivos distintos, guardando o adicional da diária relação com o custo de vida e dificuldade de acesso a cada localidade, não afasta a necessidade de preservação da paridade de reajuste estabelecida em lei.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso especial.

Não obstante a argumentação do Ministro *Mauro Campbell Marques*, no REsp 1.283.707/PB, em voto-vista proferido em 2012, relacionada à *parcela variável* devida para as diárias, ao que se tem da controvérsia, dois são os problemas existentes no referido Decreto 5.554/2005, razão pela qual entendo que o tema merece nova análise, por esta Segunda Turma.

O Decreto 5.554/2005 *manteve o valor* da indenização de campo (R$ 17,46) e o *valor básico* da diária de nível D (R$ 57,28), *previstos em normas*

anteriores, ou seja, nos Decretos 1.656/95 e 3.643/2000, *descumprindo a proporcionalidade de reajuste de 46,87%* entre as duas verbas, além de fixar a indenização de campo em valor *inferior* ao anteriormente estabelecido pela Portaria ministerial 406/2002 (R$ 26,85). O aludido Decreto 5.554/2005 também alterou os percentuais relacionados à parcela variável da diária, eis que o Decreto 1.656/95 e o Decreto 3.643/2000 não previam pagamento de qualquer parcela variável para localidades *com menos* de 200.000 habitantes.

Assim, além de ter mantido o valor da indenização de campo de maneira desproporcional ao percentual de 46,87% e de estabelecê-la em valor *inferior* ao fixado pela anterior Portaria ministerial 406/2002 (R$ 26,85), o Decreto 5.554/2005 desconsiderou essa proporcionalidade, consagrada na Lei 8.270/91 (46,87%), entre o reajuste devido para a indenização de campo e aquele a ser aplicado para a diária de nível D, quando, a pretexto de majoração da parcela variável da diária, estabeleceu um *mínimo de 50%* de acréscimo na diária de nível D, *para quaisquer localidades*, independentemente de possuírem elas, ou não, menos de 200.000 habitantes, exceto para as localidades que relaciona, para as quais o Decreto 5.554/2005 previu parcela variável de diária, com percentuais de acréscimo diverso (deslocamento para Brasília/DF e Manaus/AM, *acréscimo de 90%* ao valor básico da diária; para São Paulo/SP, Rio de Janeiro/RJ, Recife/PE, Belo Horizonte/MG, Porto Alegre/RS, Belém/PA, Fortaleza/CE e Salvador/BA, *acréscimo de 80%* ao valor básico da diária; para as demais capitais dos Estados, *acréscimo de 70%* ao valor básico da diária). Tal ofende o princípio da legalidade, especialmente o art. 15 da Lei 8.270/91, ao estabelecer o aludido Decreto 5.554/2005, assim, um aumento indireto e disfarçado do valor mínimo da diária, de nível D, sem repercuti-lo no valor da indenização de campo.

Apesar do entendimento manifestado pela Segunda Turma, em 18/12/2012 e 05/11/2013, a Primeira Turma desta Corte, *em momento posterior*, em 27/10/2015, negou provimento a Recurso Especial da FUNASA, que versava sobre o Decreto 5.554/2005, em elucidativo voto condutor, proferido pelo Ministro *Olindo Menezes* (Desembargador Federal convocado do TRF/1ª Região), no AgRg no REsp 1.321.109/PB:

> Ainda que assim não fosse, haveria que se manter a decisão impugnada, quanto aos valores das diárias e da indenização de campo. Extrai-se do acórdão recorrido a seguinte fundamentação:
>
> > Os moldes de pagamento e reajuste da Indenização de Campo, por sua vez, foram fixados pelo art. 15 da Lei n. 8.270/91, *in verbis*:

> Art. 15. *A indenização criada pelo art. 16 da Lei n. 8.216 de 1991, é fixada em nove mil cruzeiros e será reajustada pelo Poder Executivo na mesma data e percentual de revisão dos valores de diárias*.

Infere-se daí que a Indenização de Campo deve ser sempre reajustada na mesma data e percentuais que as diárias. Como consequência, não é possível que haja alteração da proporção entre seus valores.

Conforme se infere do Decreto n. 343/91, à época da Lei n. 8.270/91, o valor da Diária dos servidores do Nível D era Cr$ 19.200,00 (dezenove mil cruzeiros), e o da Indenização de Campo, Cr$ 9.000,00 (nove mil cruzeiros), ou seja, *46,87% do valor daquela. Esta proporção, portanto, deve permanecer inalterada*.

Da análise da evolução dos valores das vantagens em questão, constata-se que a Administração não respeitou o disposto na Lei. É que, com o Decreto n. 3.343 de 26/02/2000, a Diária passou ser composta de valor fixo (R$ 57,28) e de valor variável, correspondente a percentual sobre o fixo, somente pago quando do deslocamento para determinadas regiões. A Indenização de Campo, por sua vez, foi fixada em R$ 17,46.

É certo que, como a parcela variável somente era paga quando o servidor se deslocava para regiões específicas, não poderia ser considerada para fins de fixação de Indenização de Campo. Mas, mesmo tomando como base apenas a parte invariável da Diária, é inevitável o reconhecimento da sua desarmonia com a Indenização de Campo, que passou a corresponder a 30,48% do seu valor.

Em outubro de 2002, o Ministério do Planejamento corrigiu a distorção por meio da Portaria n. 406, reajustando o valor da Indenização de Campo para R$ 26,87 (vinte e seis reais e oitenta e sete centavos), valor correspondente a 46,87% da parte fixa da Diária de Nível D, com efeitos financeiros retroativos a agosto/2002. Ressalte-se que, o então Ministro do Planejamento, na referida Portaria, reporta-se ao disposto no art. 15, da Lei n. 8.270/91, para fundamentar a majoração da Indenização de Campo, e restabelece a razão inicial entre ela e a Diária de Nível D, fulminando qualquer dúvida sobre a existência da vinculação entre elas.

Com a edição do Decreto n. 5.554/2005, os valores das Diárias e da Indenização de Campo tornaram a andar em descompasso.

É que o referido diploma legal, inobstante ter repetido os valores constantes do Anexo I do Decreto 3.343/2000, relativos à parcela fixa da Diária, estendeu o pagamento da variável a todos os servidores, esta correspondente a, no mínimo, 50% do valor da parte variável, podendo dito percentual ser majorado em razão da localidade de destino. Não houve, no entanto, qualquer alteração na Indenização de Campo, que continuou fixada em R$ 17,28.

> *Desse modo, o valor da Diária passou a corresponder a parcela fixa da Diária acrescida do percentual mínimo pago aos servidores, ou seja, R$ 85,92.*
>
> *O valor da Indenização de Campo, portanto, deve corresponder a 46,87% desse valor (R$ 40,27)*.
>
> O Decreto n. 6.258/2007, em vigor, elevou para R$ 26,85 o valor da Indenização de Campo, não alterando o valor da Diária dos servidores do grupo D. Referido Decreto, apesar de reduzir a distorção existente, não corrigiu a falta de sintonia entre tais valores. Isso provavelmente por não ter considerado a parcela variável paga por todo e qualquer deslocamento, aos servidores com direito a Diária.
>
> O Mercê do exposto, conclui-se que os autores têm direito à percepção de Indenização de Campo, no valor de R$ 40,27, a partir de 05/10/2005. (Fls. 116/124 e-STJ)

Diante disso, constata-se que o acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência do STJ.

É entendimento assente, nesta Corte, que 'a indenização criada pelo art. 16 da Lei n. 8.216/91 deve ser reajustada pelo Poder Executivo na mesma data e percentual de revisão dos valores de diárias. Estabelecendo, ainda que 'esta previsão resulta na garantia de que a indenização deve sempre corresponder ao valor de 46,87% das diárias, tendo em vista que esta proporção permanece inalterada, independentemente do percentual de reajuste aplicado nas diárias'. A propósito:

> Administrativo. Agravo regimental em recurso especial. *Servidores públicos da FUNASA. Indenização de campo. Reajuste das diárias. Leis 8.216/91 e 8.270/91. Pagamento das diferenças. Possibilidade. Correspondência ao valor de 46,87% das diárias*. Agravo regimental desprovido. 1. *O Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que a indenização prevista no art. 16 da Lei 8.216/91 deve ser reajustada pelo Poder Executivo na mesma data e nos mesmos percentuais de reajustes aplicados às diárias*. 2. Agravo Regimental da FUNASA desprovido. (AgRg no REsp 1.273.382/PB, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 05/05/2015, DJe 13/05/2015)

> Processual Civil e Administrativo. *Servidor público. FUNASA. Indenização de campo instituída pelo art. 16 da Lei 8.216/91. Reajuste. Súmula 83/STJ*. 1. *O STJ firmou o entendimento de que a indenização prevista no art. 16 da Lei 8.216/91 deve ser reajustada pelo Poder Executivo na mesma data e percentuais de reajustes aplicados às diárias*. 2. Dessume-se que *o acórdão recorrido está em sintonia com a atual jurisprudência do STJ, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, in casu, o princípio estabelecido*

na Súmula 83/STJ: 'Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.' 3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 466.093/PB, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/04/2014, DJe 22/05/2014)

Processual Civil e Administrativo. Análise de matéria constitucional em sede de recurso especial. Inviabilidade. Ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil. Omissão manifesta. Ausência. Conclusão lógico-sistemática do *decisum*. Precedentes. *Servidores da Fundação Nacional de Saúde. Indenização instituída pelo art. 16 da Lei n. 8.216/91*. Reajuste. Lei 8.270/91. Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido.

(...)

IV - *Nos termos da Lei n. 8.270/91, a indenização criada pelo art. 16 da Lei n. 8.216/91, deve ser reajustada pelo Poder Executivo na mesma data e percentual de revisão dos valores de diárias. Esta previsão resulta na garantia de que a indenização deve sempre corresponder ao valor de 46,87% das diárias, tendo em vista que esta proporção permanece inalterada, independentemente do percentual de reajuste aplicado nas diárias*.

V - Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido.

(REsp 690.309/PB, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 19/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 338)

Processual Civil e Administrativo. Embargos de declaração. Concessão de efeito infringente. Excepcionalidade. *Servidores da Fundação Nacional de Saúde. Indenização instituída pelo art. 16 da Lei n. 8.216/91. Reajuste. Lei 8.270/91*. Reajuste. Embargos acolhidos, com a concessão de efeito modificativo.

(...)

II - *Nos termos da Lei n. 8.270/91, a indenização criada pelo art. 16 da Lei n. 8.216/91, deve ser reajustada pelo Poder Executivo na mesma data e percentual de revisão dos valores de diárias. Esta previsão resulta na garantia de que a indenização deve sempre corresponder ao valor de 46,87% das diárias, tendo em vista que esta proporção permanece inalterada, independentemente do percentual de reajuste aplicado nas diárias*.

III - Embargos de declaração acolhidos, com a concessão do excepcional efeito infringente para conhecer parcialmente do especial e lhe negar provimento.

(EDcl no REsp 603.010/PB, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 17/02/2005, DJ 07/03/2005, p. 323)

> Tal o contexto, e ratificando os fundamentos contidos na decisão que negou seguimento ao recurso especial, *nego provimento ao agravo regimental*.

Confira-se a ementa do referido julgado:

> Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Servidor público. Deficiência de fundamentação. Ausência de indicação do dispositivo legal supostamente violado. Súmula 284/STF. *Indenização de campo instituída pelo art. 16 da Lei 8.216/91. Reajuste. Precedentes. Súmula 83/STJ*. Agravo não provido.
>
> (...)
>
> 2. *A indenização prevista no art. 16 da Lei 8.216/91 deve ser reajustada pelo Poder Executivo na mesma data e percentuais de reajustes aplicados às diárias*.
>
> 3. *O tribunal de origem decidiu em harmonia com a orientação predominante desta Corte, incidindo ao caso a Súmula 83 do STJ* ('Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida').
>
> 4. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no REsp 1.321.109/PB, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Federal convocado do TRF/1ª Região), Primeira Turma, julgado em 27/10/2015, DJe de 11/11/2015, trânsito em julgado em 16/12/2015).

A Segunda Turma, ademais, após o julgamento, em 18/12/2012, do Agravo Regimental no REsp 1.283.707/PB (Rel. Ministro *Humberto Martins*, DJe de 08/02/2013), e, em 05/11/2013, do REsp 1.264.429/PB (Rel. Ministra *Eliana Calmon*, Rel. p/ acórdão Ministro *Humberto Mertins*, DJe de 20/02/2014) também negou provimento, em 22/04/2014, ao AgRg no Agravo em Recurso Especial 466.093/PB, interposto pela FUNASA, no qual se discutiu a exegese, inclusive, do referido Decreto 5.554/2005, aplicando o Relator, Ministro *Herman Benjamin*, no caso, a Súmula 83/STJ, mantendo acórdão do Tribunal de origem assim ementado:

> Administrativo. *Indenização de campo e diária. Art. 16 da Lei n. 8.216/91 e art. 15 da Lei n. 8.270/91. Proporcionalidade entre uma e outra. Decreto n. 5.554/2005. Manutenção do valor nominal da diária. Mas com acréscimo de 50% em todos os deslocamentos, para quaisquer cidades. Reajuste indireto. Repasse à indenização de campo*.
>
> 1. Como os autores pleiteiam os valores supostamente devidos somente a partir de 20 de outubro de 2005. e tendo a presente ação sido ajuizada em de outubro de 2007 - portanto, menos de dois anos depois é de se afastar, na hipótese, a ocorrência da prescrição.

2. *Nos termos do art. 16 da Lei n. 8.216/91 e do art. 15 da Lei n. 8.270/91, o mesmo percentual de reajuste da diária deveria ser aplicado na atualização do valor da indenização de campo, para que fosse mantida a proporcionalidade desta em relação àquela de 46,87%, o que foi, porém, olvidado pelos Decretos n. 1.656/95 e 3.643/00, que aplicaram índices de reajuste diversos para uma e outra. Jurisprudência pacífica neste Tribunal.*

3. *Para manter o valor da indenização de campo correspondente a 46,87% da diária do tipo D (R$57,28), a Portaria n. 406/2002, do MPOG, reajustou-a para R$26,85*.

4. *O Decreto n. 5.554/2005, porém, apesar de manter o valor nominal da diária de nível D em R$57,28, determinou que o acréscimo de 50% no valor das diárias (inicialmente estabelecido no Decreto n. 3.643/2000) seria devido em todos os deslocamentos não contemplados com os acréscimos de 90%, 80% e 70% (diferentemente do Decreto anterior, que previa o adicional de 50% em casos específicos). Tal regramento acabou por criar um valor mínimo, correspondente a R$85,92, para as diárias de tipo D, uma vez que, em todos os deslocamentos realizados, para quaisquer cidades, os servidores receberão o valor nominal daquela diária (mantido em R$57,28) acrescido de, no mínimo, 50%. Trata-se, pois, de um reajuste disfarçado*, que, para manter a proporcionalidade, deve ser

5. *O valor nominal da diária, após a edição do Decreto n° 5.554/2005, não pode mais ser tomado, apenas ele como base de cálculo da indenização de campo.*

6. *Devido o pagamento da indenização de campo no valor de R$ 40.27- (quarenta reais e vinte e sete centavos), correspondente a 46,87% do valor da diária do tipo D com o acréscimo de 50% (R$57,28 + R$28,64 =R$85,92)*, além da diferença, desde outubro de 2005, entre o valor que foi pago a título da referida indenização (R$26,85) e o que efetivamente era devido (R$40,27).

7. Apelação e remessa oficial parcialmente providas, reduzido o valor dos honorários advocatícios para mil reais, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

O aludido acórdão da Segunda Turma restou assim ementado:

Processual Civil e Administrativo. *Servidor público. FUNASA. Indenização de campo instituída pelo art. 16 da Lei 8.216/91. Reajuste*. Súmula 83/STJ.

1. *O STJ firmou o entendimento de que a indenização prevista no art. 16 da Lei 8.216/91 deve ser reajustada pelo Poder Executivo na mesma data e percentuais de reajustes aplicados às diárias*.

2. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com a atual jurisprudência do STJ, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: 'Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.'

> 3. Agravo Regimental não provido (STJ, AgRg no AREsp 466.093/PB, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/04/2014, DJe de 22/05/2014, trânsito em julgado em 13/11/2014).

É certo, porém, que, em 02/10/2014 (AgRg no REsp 1.475.168/CE, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, DJe de 08/10/2014) e em 19/08/2014 (AgRg no AREsp 515.035/CE, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, DJe de 25/09/2014), esta Segunda Turma decidiu, sobre o assunto, favoravelmente à FUNASA.

Em 18/04/2017, no julgamento do AgRg no AREsp 515.202/SE – que articulava alegações idênticas às do presente Agravo Regimental –, no âmbito desta Segunda Turma, analisando hipótese análoga, proferi voto, negando provimento ao Agravo Regimental da FUNASA, *sem examinar, especificamente, os ditames do Decreto 5.554/2005, eis que "o acórdão recorrido não analisou a causa sob o enfoque do Decreto 5.445/2005, sequer de modo implícito, não tendo ele servido de fundamento à conclusão adotada pelo Tribunal de origem, que se restringiu ao exame da legalidade dos reajustes da indenização de campo, à luz dos Decretos 1.656/95 e 3.643/2000"*.

Confira-se a ementa:

> Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental em agravo em recurso especial. Razões de recurso que não impugnam, especificamente, os fundamentos da decisão agravada. Súmula 182/STJ. *Servidor público federal da FUNASA. Indenização de campo. Arts. 15 da Lei 8.270/91 e 16 da Lei 8.216/91. Decretos 1.656/95 e 3.643/2000. Precedentes do STJ. Decreto 5.554/2005. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF*. Agravo regimental parcialmente conhecido, e, nessa extensão, improvido.
>
> I. Agravo Regimental interposto contra decisão monocrática publicada na vigência do CPC/73.
>
> II. *Na espécie, cuida-se de Ação Ordinária, ajuizada por servidores da FUNASA, objetivando o pagamento da indenização de campo, reajustada nos mesmos moldes das diárias. A decisão ora agravada regimentalmente negou seguimento ao Recurso Especial, interposto pela* ***Fundação Nacional de Saúde*** *(FUNASA), mantendo o acórdão, proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que consignou, à luz dos Decretos 1.656/95 e 3.643/2000, que a indenização por trabalho de campo, prevista no art. 16 da Lei 8.216/91 c/c o art. 15 da Lei 8.270/91, é devida no percentual de 46,87% do valor da diária de nível 'D'*.
>
> (...)
>
> IV. O STJ firmou o entendimento de que a indenização, prevista no art. 16 da Lei 8.216/91, deve ser reajustada, pelo Poder Executivo, na mesma data e percentuais de reajustes aplicados às diárias. Precedentes.

> V. *No caso, o acórdão recorrido, ao dirimir a controvérsia, não analisou a causa sob o enfoque do Decreto 5.445/2005, sequer de modo implícito, não tendo ele servido de fundamento à conclusão adotada pelo Tribunal de origem, que se restringiu ao exame da legalidade dos reajustes da indenização de campo, à luz dos Decretos 1.656/95 e 3.643/2000*.
>
> VI. Nesse contexto, a pretensão recursal esbarra em vício formal intransponível, qual seja, o da ausência de prequestionamento – requisito viabilizador da abertura desta instância especial –, atraindo o óbice da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal ('É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada'), na espécie.
>
> VII. O entendimento da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça é firme, à luz do CPC/73, quanto à imprescindibilidade da oposição de Embargos Declaratórios, para fins de prequestionamento da matéria, mesmo quando a questão federal surja no julgado recorrido (STJ, EREsp 99.796/SP, Rel. Ministro *Eduardo Ribeiro*, DJU de 04/10/1999), não tendo sido opostos Declaratórios ao acórdão recorrido, no tópico.
>
> VIII. *A Súmula 54 da AGU, de 2010, assentou que 'a indenização de campo, criada pelo artigo 16 da Lei n. 8.216/91, deve ser reajustada na mesma data e no mesmo percentual de revisão dos valores das diárias, de modo que corresponda sempre ao percentual de 46,87% das diárias'*.
>
> IX. Agravo Regimental parcialmente conhecido, e, nessa extensão, improvido (STJ, AgRg no AREsp 515.202/SE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 26/04/2017).

Mais recentemente, entretanto, a Primeira Turma do STJ, no julgamento do REsp 1.303.307/PB, na sessão de 16/10/2018 – muito embora apenas sob a ótica da alteração da parcela variável, prevista no Decreto 5.554/2005 –, voltou a apreciar a questão, de maneira *desfavorável* à FUNASA, ora agravante. Confira-se:

> Direito Administrativo. Recurso especial. Código de Processo Civil de 1973. Aplicabilidade. *Servidores da Fundação Nacional de Saúde. Indenização de campo. Leis n. 8.216/91 e n. 8.270/91. Reajuste atrelado ao valor da diária. Alteração promovida pelo Decreto n. 5.554/2005. Majoração por meio de adicional genérico. Repercussão no calculo da indenização de campo*. Recurso desprovido.
>
> (...)
>
> II - *Cuida-se, na espécie, de ação ordinária proposta por servidores da Fundação Nacional de Saúde - FUNASA, buscando o reajuste do valor da indenização de campo, prevista na Lei n. 8.216/91, de modo que passe a representar o percentual de 46,87% do valor da diária*.
>
> III - *Ao estender o adicional de 50% aos deslocamentos para todas as cidades com menos de 200.000 habitantes, excluindo a restrição anteriormente prevista no*

> *Decreto n. 3.643/2000, o Decreto n. 5.554/05, ainda que indiretamente, majorou o valor das diárias, não observando, contudo, a equivalência de 46,87% entre elas e a indenização de campo, conforme previsto no art. 15 da Lei n. 8.270/91.*
>
> IV - *Com a ampliação no pagamento do adicional de 50% aos 'demais deslocamentos', a norma regulamentadora não cuidou apenas de adequar o valor da diária à realidade econômica da localidade visitada, tendo, sobretudo, elevado o valor da verba, por meio de adicional totalmente genérico, porquanto pago indistintamente a todos os deslocamentos que não restaram contemplados com percentuais maiores.*
>
> V - Recurso especial improvido (STJ, REsp 1.303.307/PB, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 29/10/2018).

No aludido REsp 1.303.507/PB a Relatora, Ministra *Regina Helena Costa*, invocou precedentes da Primeira Turma sobre o assunto (AgRg no REsp 1.273.382/PB, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, DJe de 13/05/2015; AgRg no REsp 1.351.422/PB, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*), concluindo que "aplica-se, ao caso, o mesmo raciocínio das vantagens genéricas, constantemente criadas com o rótulo de gratificação de desempenho, buscando excluí-la dos benefícios cuja paridade deva ser observada. Nessa hipótese, é pacífica a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que as gratificações genéricas devem ser estendidas aos servidores com direito a paridade: (...)".

Contra o referido acórdão do REsp 1.303.307/PB, de relatoria da Ministra *Regina Helena Costa*, na Primeira Turma do STJ, foram opostos *Embargos de Divergência, pela FUNASA*, invocando, como paradigma, acórdão desta Segunda Turma – proferido no AgRg no REsp 1.475.168/CE, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques* (julgado em 02/10/2014, DJe de 08/10/2014), que se fundamentou na orientação fixada, em 18/12/2012, no AgRg no REsp 1.283.707/PB (Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Segunda Turma*, DJe de 08/02/2013), anteriormente mencionado no presente voto –, Embargos de Divergência que não foram conhecidos monocraticamente, pelo Ministro *Herman Benjamin*, ao entendimento de que, "embora verificada a similitude fática entre o acórdão embargado e os paradigmas apresentados, tais paradigmas datam de 2014, e o acórdão embargado é de 2018, e *acompanha a orientação mais atual dessa Colenda Corte*" (STJ, EREsp 1.303.307/PB, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, DJe de 08/08/2019, transitado em julgado).

Registre-se, por oportuno, mais uma vez, a edição da Súmula 54 da AGU, de 2010, que assentou que "a indenização de campo, criada pelo artigo 16 da

Lei n. 8.216/91, deve ser reajustada na mesma data e no mesmo percentual de revisão dos valores das diárias, de modo que corresponda sempre ao percentual de 46,87% das diárias".

Enfim, o Decreto 5.554/2005, não obstante a Portaria ministerial 402, de 02/10/2002 – que, regularizando a situação, fixara o valor da indenização de campo, com efeitos financeiros a partir de 01/08/2002, *em R$ 26,85 (vinte e seis reais e oitenta e cinco centavos)*, correspondente a 46,87% do menor valor da diária, de nível D, no importe de R$ 57,28 –, continuou fixando a indenização de campo *em R$ 17,46*, valor *menor* que o da referida Portaria ministerial 402/2002 e que era o valor anteriormente previsto para a indenização de campo, nos anteriores Decretos 1.656/95 e 3.643/2000 (R$ 17,26).

Ademais, com o Decreto 5.554/2005, o menor valor da diária, de nível D, passou a corresponder à parcela fixa (R$ 57,28), acrescida *sempre do percentual mínimo* de 50%, pago aos servidores *em quaisquer deslocamentos* não contemplados com percentuais maiores (acréscimos de 70%, 80% e 90% do valor básico da diária), a depender da capital do Estado, o que corresponde a R$ 85,92 (R$ 57,28 + 50% de R$ 57,28 = R$ 85,92). Assim, a indenização de campo deve corresponder a *R$ 40,27 (quarenta reais e vinte e sete centavos)*, ou seja, a *46,87% de R$ 85,92 (oitenta e cinco reais e noventa e dois centavos)*.

Portanto, o Decreto 5.554/2005 ofende o art. 15 da Lei 8.270/91, seja sob a ótica do valor da indenização de campo, por ele fixada *em R$ 17,46 – inferior*, pois, àquele valor anteriormente estabelecido em R$ 26,85, pela Portaria ministerial 402/2002, com efeitos a contar de 01/08/2002 –, seja quanto ao valor mínimo de diária, de nível D, acrescido de parcela variável mínima de 50%, paga sempre aos servidores *em quaisquer deslocamentos* não contemplados com percentuais maiores (acréscimos de 70%, 80% e 90% do valor básico da diária, a depender da capital do Estado).

Ante todo o exposto, entendo que a matéria deve ser revisitada, por esta Segunda Turma, para se fixar a adequada exegese a ser dada ao assunto, especialmente à luz do Decreto 5.554/2005, mormente porque, como se demonstrou, há julgados divergentes sobre a controvérsia, no âmbito da Turma.

Pelo exposto, nego provimento ao Agravo Regimental, interposto pela FUNASA.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 57.943-DF (2018/0156844-1)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: Call Tecnologia e Servicos Ltda
Advogados: Alexandre José Garcia de Souza - DF017047
Rafael Henrique Garcia de Souza - DF044046
Recorrido: Distrito Federal
Procurador: Gustavo Assis de Oliveira e outro(s) - DF018489

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança. Autoridade impetrada. Controlador-Geral do Distrito Federal. *Status* de Secretário de Estado conferido por decreto distrital. Efeitos limitados à esfera administrativa. Secretaria da Transparência absorvida pela Controladoria. Coexistência dos dois órgãos anteriormente. Alteração de competência de Tribunal de Justiça. Lei federal. Impossibilidade.

I - Na origem, foi impetrado mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Controlador-Geral do Distrito Federal, sustentando a nulidade da aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração, por ausência de descrição objetiva dos fatos e da conduta irregular praticada pela impetrante, bem como pelo fato de que não foi obedecido o rito procedimental regular, dado que foi suprimida da requerente a oportunidade para apresentar alegações finais.

II - Contra a decisão que deferiu a tutela provisória, o Distrito Federal interpôs agravo interno, suscitando a incompetência absoluta da 2ª Câmara Cível para processar e julgar o mandado de segurança. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios deu provimento ao recurso, reconhecendo a competência absoluta da Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal para processar e julgar o *mandamus*.

III - O cerne da questão está em definir se o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios tem ou não competência para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato do Controlador-Geral do Distrito Federal.

IV - O art. 8º, I, *c*, da Lei Federal n. 11.697/2008, Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal – LOJDF, prevê a competência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios para julgar mandado de segurança contra atos de Secretários de Governo do DF. Por sua vez, o art. 26 da mesma Lei Federal (LOJDF) dispõe que compete ao Juiz da Vara da Fazenda Pública processar e julgar: "III – os mandados de segurança contra atos de autoridade do Governo do Distrito Federal e de sua administração descentralizada."

V - No tocante à legislação distrital invocada e suas disposições relativas à Controladoria, tem-se que até a edição do Decreto Distrital n. 36.236/2015, coexistiam os órgãos da Secretaria de Estado de Transparência e Controle - STC e da Controladoria-Geral do Distrito Federal - CGDF, ambos como integrantes do sistema de Correição do Distrito Federal - SICOR/DF, com a finalidade de prevenir e apurar irregularidades no Poder Executivo - Lei n. 4.938, de 19/9/2012.

VI - Quando da edição do referido ato, a Secretaria de Estado da Transparência foi renomeada para Controladoria-Geral do Distrito Federal (art. 8º, § 1º). Ocorre que este órgão já existia, situação que leva ao entendimento de que teria havido, na verdade, uma absorção de um órgão por outro.

VII - Não procede, pois, o argumento recursal de que a Controladoria-Geral se trata, em verdade, de uma Secretaria para o fim de alteração da competência jurisdicional.

VIII - O entendimento do acórdão recorrido de que os efeitos desse Decreto estão limitados ao âmbito do funcionamento da Administração Pública Distrital está correto, porque confere àquele Órgão a autonomia necessária ao desempenho das suas atribuições; mas não, por óbvio, a possibilidade alterar a competência jurisdicional do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

IX - Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a)

Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães.

Dr(a). Rafael Henrique Garcia de Souza, pela parte recorrente: Call Tecnologia e Servicos Ltda

Brasília (DF), 08 de março de 2022 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 11.3.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Call Tecnologia e Serviços Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato do Controlador-Geral do Distrito Federal.

Alegou que figurou como investigada nos autos de procedimento administrativo (480.001.091/2011), iniciado por ordem da autoridade coatora, a fim de apurar eventuais irregularidades em relação a contratos firmados entre o Distrito Federal e a Call Tecnologia. Ao final a autoridade processante, por meio do Despacho n. 35/2017-TGAB/CGDF, aplicou a penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração, nos termos do art. 87, IV c/c art. 88, II e III, da Lei n. 8.666/1993. Afirmou que o procedimento administrativo é nulo, diante da ausência de descrição objetiva dos fatos e da conduta irregular praticada pela impetrante, bem como do fato de que não foi obedecido o rito procedimental regular, porque foi suprimida da requerente a oportunidade para apresentar alegações finais.

O Relator deferiu a tutela provisória requerida no mandado de segurança; e o Distrito Federal interpôs agravo interno, suscitando a incompetência absoluta da 2ª Câmara Cível para processar e julgar o mandado de segurança. No mérito, sustentou a ausência dos pressupostos autorizadores para o deferimento da liminar, haja vista que a alegação de nulidade não veio corroborada pela demonstração do efetivo prejuízo.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios deu provimento ao agravo interno, reconhecendo a competência absoluta da Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal para processar e julgar o *mandamus*, nos termos assim ementados (fls. 1.494-1.495):

Administrativo, Constitucional e Processual Civil. Mandado de segurança. Agravo interno. Preliminar. Autoridade impetrada. Controlador-Geral do Distrito Federal. *Status* de Secretário de Estado. Decreto local n. 36.326/15. Repercussão apenas na esfera administrativa. Alteração do foro jurisdicional. Impossibilidade. Incompetência do Órgão Fracionário do Tribunal (Câmara Cível). Remessa do feito à Vara da Fazenda Pública. Recurso parcialmente provido.

Caso concreto: "Como visto, trata-se de mandado de segurança impetrado pela Call Tecnologia e Serviços Ltda, contra ato supostamente coator atribuído ao Controlador-Geral do Distrito Federal que, em sede de procedimento administrativo para apurar a existência de irregularidades em ajustes celebrados com o ente político, aplicou à pessoa jurídica a sanção de inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público" (Procuradoria de Justiça).

1. Conquanto o Decreto Distrital n. 36.326/15 confira ao Controlador-Geral do Distrito Federal o *status* de Secretário de Estado (artigo 15), tal repercute apenas na esfera de funcionamento do complexo administrativo local, porquanto outorga à referida autoridade independência necessária à execução das suas atribuições, não sendo, porém, capaz de modificar a competência jurisdicional, de modo a lho conferir foro perante órgão fracionário do tribunal (Câmara Cível – artigo 21, RITJDFT).

1. A competência funcional, disciplinada na LOJDF, é matéria reservada à lei federal, restando, portanto, inadmissível que ato de governo local se sobreponha àquela, notadamente por meio de norma infralegal, em flagrante violação ao princípio da hierarquia das normas.

2. Precedente da Corte: "*Mandado de segurança. Competência. Ato do Controlador-Geral do Distrito Federal. Status de Secretário de Estado. Decreto. Vara da Fazenda Pública*. I - O art. 15 do Decreto Distrital 36.326/15 confere *status* de Secretário de Estado ao Controlador-Geral do Distrito Federal, o que gera efeitos no funcionamento da Administração Pública Distrital, mas não transfere a competência da Vara da Fazenda Pública para o Conselho Especial, pois um ato infralegal (Decreto Distrital) não pode modificar norma prevista em lei federal (Lei de Organização Judiciária). II - Acolhida preliminar de incompetência do Conselho Especial para julgar mandado de segurança contra ato do Controlador-Geral do Distrito Federal e de outras autoridades sem prerrogativa de foro e determinada a remessa dos autos a uma das Varas da Fazenda (Conselho Especial, MSG n. 2015.00.2.019679-2, rel. Designada Des. Vera Andrighi, DJe de Pública". 3/6/2016, pp. 65/67).

3. Nesse contexto, o feito deve ser processado e julgado perante a Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, nos moldes do artigo 26 da LOJDF.

4. Agravo interno conhecido e provido.

Os declaratórios opostos foram rejeitados (fls. 1.529-1.541).

Call Tecnologia e Serviços Ltda. interpôs recurso ordinário, com fundamento no art. 105, II, *b*, da Constituição Federal, reiterando os fundamentos da impetração. Sustentou que as Leis Distritais n. 3.105/2002 e 4.938/2012 - e não o art. 15 do Decreto Distrital n. 36.236/2015 – que conferem o *status* de Secretário de Estado do Controlador-Geral do Distrito Federal.

Afirmou que o art. 8º do Decreto n. 36.236/2015 "[..] *apenas alterou* para *Controladoria-Geral do Distrito Federal* ***a denominação*** da então Secretaria de Transparência e Controle", daí advindo, em suma, o *status* de Secretário para fins, também, de competência jurisdicional.

Aduziu, ainda, que o Tribunal de origem não poderia ter entendido que o Controlador-Geral do Distrito Federal não seria Secretário de Estado, mas ostentaria, contraditoriamente, tal qualidade para a prática de atos de competência daquela autoridade, em afronta ao art. 87, § 3º, da Lei n. 8.666/1993 atribui competência exclusiva ao Secretário Estadual a prática de ato de declaração de inidoneidade.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 1.565-1.570).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 1.580-1.588).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): O recurso não comporta provimento.

Ainda que a recorrente alegue a existência de contradição quanto ao fato de o Controlador-Geral não possuir *status* de Secretário, mas poder aplicar sanções de declaração de inidoneidade, o fato é que o cerne da questão, nesta instância recursal, está somente em definir se o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios tem ou não competência para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato do Controlador-Geral do Distrito Federal.

O art. 8º, I, *c*, da Lei Federal n. 11.697/2008, Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal – LOJDF, prevê a competência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios para julgar mandado de segurança contra atos de Secretários de Governo do DF.

Por sua vez, o art. 26 da mesma Lei Federal (LOJDF) dispõe que compete ao Juiz da Vara da Fazenda Pública processar e julgar: "III – os mandados de segurança contra atos de autoridade do Governo do Distrito Federal e de sua administração descentralizada."

No caso, o Tribunal de origem decidiu que a denominação (ou *status*) de Secretário de Estado do Controlador-Geral do Distrito Federal decorre de simples Decreto (Decreto Distrital n. 36.326/2015). E, por isto, não teria o efeito de fixar a competência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios para fins de julgamento do mandado de segurança; muito menos de modificar a competência da Vara da Fazenda Pública, prevista no referido art. 26, III, da LOJDF, que é lei federal, como referido.

No tocante à legislação distrital invocada e suas disposições relativas à Controladoria, tem-se que até a edição do citado Decreto de 2015, coexistiam os órgãos da Secretaria de Estado de Transparência e Controle - STC e da Controladoria-Geral do Distrito Federal - CGDF, ambos como integrantes do sistema de Correição do Distrito Federal - SICOR/DF, com a finalidade de prevenir e apurar irregularidades no Poder Executivo - Lei n. 4.938, de 19/9/2012.

Quando da edição do Decreto Distrital n. 36.236, de 1/1/2015, a Secretaria de Estado da Transparência foi renomeada para Controladoria-Geral do Distrito Federal (art. 8º, § 1º). Ocorre que este órgão, conforme já relatado, já existia, o que parece ter havido foi uma absorção de um órgão por outro.

Nesse caso, não procede o argumento da recorrente de que a Controladoria-Geral se trata, em verdade, de uma Secretaria para o fim de alteração da competência jurisdicional.

Assim, correto o entendimento do acórdão recorrido em limitar os efeitos do Decreto ao âmbito do funcionamento da Administração Pública Distrital, porque confere àquele Órgão a autonomia necessária ao desempenho das suas atribuições; sem a possibilidade, por óbvio, de alterar a competência jurisdicional do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Verifica-se, da fundamentação apresentada no acórdão recorrido e das razões recursais, que não foi demonstrado o direito líquido e certo e que não houve comprovação, de plano, da violação ao direito por ato ilegal, ou abusivo, atribuído à autoridade pública.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 66.794-AM (2021/0193711-6)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: Sind. das Empresas de Transp. de Passageiros do Est. do Am.
Outro Nome: Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros do Estado do Amazonas
Advogados: Marçal Justen Filho - PR007468
Eduardo Talamini - PR019920
André Guskow Cardoso - PR027074
Fernando Borges de Moraes - AM000446
Mônica Bandeira de Mello Lefevre - PR057540
Doshin Watanabe - PR086674
Letícia Alle Antonietto - PR102445
Recorrido: Município de Manaus
Procuradores: Ketlen Anne Pontes Pina - AM004818
Geraldo Uchôa de Amorim Júnior - AM012975
Recorrido: Instituto Municipal de Mobilidade Urbana - IMMU
Advogado: Denis Rosas de Araújo - AM003510

EMENTA

Administrativo. Intervenção no contrato de concessão. Alegação de nulidades. Ausência de direito líquido e certo. Necessidade de dilação probatória. Recurso desprovido.

I – Na origem, o Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros do Estado do Amazonas impetrou mandado de segurança visando à decretação da nulidade da intervenção no sistema de transporte coletivo urbano do Município de Manaus-AM.

II – O Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas denegou a ordem entendendo dispensável estabelecer contraditório prévio à decretação da intervenção, afastando a alegação de confisco e decidiu que seria necessária a produção de prova pericial.

III – Conforme se extrai do regime jurídico do art. 175 da Constituição e da Lei de Concessões - Lei n. 8.987/1995, o Estado

delega a prestação de alguns serviços públicos, resguardando a si, na qualidade de poder concedente, a prerrogativa de regulamentar, controlar e fiscalizar a atuação do delegatário. A intervenção no contrato de concessão visa assegurar a adequação na prestação do serviço público, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes (art. 32 da Lei n. 8.987/1995).

IV – De um lado, o poder concedente deve "instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa" (art. 33 da Lei n. 8.987/1995). De outro, não se pode desconsiderar que eventuais ilegalidades no curso do procedimento dependem de comprovação de prejuízo.

V – Em se tratando de intervenção, o direito de defesa do concessionário só é propiciado após a decretação da intervenção, a partir do momento em que for instaurado o procedimento administrativo para apuração das irregularidades. Isso porque a intervenção possui finalidades investigatória e fiscalizatória, e não punitivas.

VI – No caso, não cabe a concessão da segurança, dado que a impetração exigiria atividade instrutória mediante produção de provas, inclusive periciais, a fim de esclarecer eventual reequilíbrio econômico-financeiro no contrato, bem como as alegadas nulidades no curso da intervenção no contrato de concessão firmado entre as concessionárias de transporte coletivo e o Município de Manaus. Não foi demonstrado o alegado direito líquido e certo, bem como não houve comprovação, de plano, da violação ao direito por ato ilegal ou abusivo atribuído às autoridades públicas.

VII – Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Doshin Watanabe, pela parte recorrente: Sind. das Empresas de Transp. de Passageiros do Est. do Am.

Dr(a). Doshin Watanabe, pela parte outro nome: Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros do Estado do Amazonas

Brasília (DF), 22 de fevereiro de 2022 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 2.3.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: O Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros do Estado do Amazonas impetrou mandado de segurança contra o Prefeito do Município de Manaus; o Interventor Financeiro das Concessões do Serviço de Transporte Público Coletivo do Município de Manaus; o Secretário Municipal de Finanças; e o Diretor-Presidente do Instituto Municipal de Mobilidade Urbana IMMU.

Visou com a impetração a decretação da nulidade da intervenção no sistema de transporte coletivo urbano convencional e do direcionamento dos recursos oriundos de aquisição de vale-transporte, passe estudantil e qualquer cartão inteligente (*smartcard*) do Sistema de Bilhetagem Eletrônica (SBE) para que sejam creditados diretamente em conta bancária titularizada pelo Poder Executivo Municipal.

O Tribunal de Justiça de Justiça do Estado do Amazonas denegou a segurança, nos termos assim ementados:

> Mandado de segurança. Ausência de direito líquido e certo. Inexistência de requisito para a concessão do *writ*. Necessidade de dilação probatória. Segurança denegada em desarmonia com o Ministério Público.
>
> 1. Direito líquido e certo é aquele que se apresenta de forma tão robusta e inequívoca que dispensa procedimento probatório dilatado, permitindo, desde logo, a resolução da lide a partir das informações acostadas à exordial.
>
> 2. Da análise dos documentos juntados ao presente *mandamus* (fls. 74/1.388), constata-se a carência de suporte probatório, porquanto inexiste previsão legal na Lei n. 8.987/95 de que a intervenção do Poder Público esteja condicionada a procedimento administrativo prévio.
>
> 3. Conforme mencionado, o regramento regente não determina a existência de prévio contraditório, como sustenta o sindicado Impetrante, tampouco o Decreto

> Municipal n°4.503/2019 ofendeu as normas que disciplinam a intervenção, havendo sido indicados o interventor, o prazo de duração, o objetivo e os limites da intervenção, em obediência à lei.
>
> 4. Da mesma forma, no que concerne ao Decreto Municipal n. 4.525/2019 verifica, também não se verifica de plano, qualquer irregularidade, pois traduz, *a priori*, exercício do poder de administração derivado da própria intervenção e do poder de polícia, prerrogativa da Administração Pública, possuindo a respeito plena ciência o particular que contrata com o Poder Público.
>
> 5. Segurança denegada, em desarmonia com o Ministério Público.

O impetrante interpôs recurso ordinário, apontando a violação do art. 37, XXI, da Constituição Federal; dos arts. 40, XI e XIV, *c*, 58 e 65, II, *d*, e § 5º, todos da Lei n. 8.666/1993; do art. 9º, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.897/1997; e art. 19, § 1º, da Lei 12.587/2012. Sustentou, em resumo, a ilegalidade da intervenção e dos atos dela decorrentes, de modo a resguardar o direito líquido e certo das concessionárias à observância das garantias legais e contratuais por parte do poder concedente. Apontou que houve o confisco das receitas tarifárias, o que ofende "a garantia da propriedade privada (art. 5º, inc. XXIV), a vedação ao confisco de bens (art. 150, inc. IV) e o próprio princípio da moralidade (art. 37, *caput*)." (fls. 1.938).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 2.108-2.136).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 2915-2925).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): O recurso não comporta provimento.

O presente caso trata de alegadas ilegalidades no procedimento de intervenção no serviço público de transporte municipal de Manaus-AM.

Conforme se extrai do regime jurídico do art. 175 da Constituição e da Lei de Concessões - Lei n. 8.987/1995 -, o Estado delega a prestação de alguns serviços públicos, resguardando a si, na qualidade de poder concedente, a prerrogativa de regulamentar, controlar e fiscalizar a atuação do delegatário.

No âmbito desse controle e fiscalização, a intervenção no contrato de concessão constitui um dever e uma prerrogativa de que dispõe o poder

concedente, visando assegurar a adequação na prestação do serviço público, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes, segundo dispõe o art. 32 da Lei n. 8.987/1995.

De um lado, o poder concedente deve "instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa" (art. 33 da Lei n. 8.987/1995). De outro, não se pode desconsiderar que eventuais ilegalidades no curso do procedimento devem ser aferidas em consonância com a regra geral do ordenamento jurídico de que a decretação da nulidade depende de comprovação de prejuízo.

O Tribunal de origem, no caso, manifestou-se sobre cerne da controvérsia, solucionando a causa mediante fundamento suficiente em detida análise do contexto probatório dos autos, para afastar as apontadas nulidades no procedimento de intervenção efetivado pelas autoridades coatoras.

Nos termos do art. 33 da Lei n. 8.987/1995: "Declarada a intervenção, o poder concedente deverá, no prazo de trinta dias, instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa." Verifica-se que, em se tratando de intervenção, o direito de defesa do concessionário só é propiciado após a decretação da intervenção, a partir do momento em que for instaurado o procedimento administrativo para apuração das irregularidades. Isso porque a intervenção possui finalidades investigatória e fiscalizatória, e não punitiva.

Assim, não há fundamento para reformar o entendimento do Julgador *a quo* de que é dispensável estabelecer contraditório prévio à decretação da intervenção, ausente determinação na Lei n. 8.987/1995.

Ademais, o Tribunal de origem afastou a alegação de confisco, considerando o fato de que, para a fiel execução da administração financeira pelo interventor, foi necessária a concentração dos recursos auferidos na conta da administração "com destinação para a manutenção do essencial serviço de transporte público coletivo urbano, com o pagamento prioritário de pessoal, remetendo-se o excedente às concessionárias" (fl. 1.898).

No mais, o cerne da pretensão mandamental consistiu em sustentar que houve determinados fatores desequilíbrio que impactaram as outorgas, dentre os quais: a superestimativa que nunca se concretizou; a proliferação do transporte clandestino; a introdução de modais concorrentes; o descumprimento da sistemática contratual de reajustamento tarifário; a priorização de uma

tarifa política à tarifa técnica devida; a instituição de benefícios tarifários sem contrapartida; bem como condições operacionais precárias.

Sobre essas questões o Tribunal de origem entendeu que:

> [...] quanto aos efeitos colaterais da intervenção, insuficiência de recursos, assim como, direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, cumpre recordar que a discussão de tais questões é inviável na célere como via por eleita, ante a necessidade contábil, acumulados dilação probatória, exemplo, perícia prejuízos não ao se admitindo presunções a partir de longo dos últimos anos.
>
> [...] (fl. 1.898)

Assim, sobre esse cerne da pretensão, conforme decidido pelo Tribunal de origem, seria necessária dilação probatória mediante produção de prova pericial.

A propósito, confiram-se os seguintes trechos do acórdão recorrido:

> [...]
>
> Ora, o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição da República, regulamentado pela Lei n. 8.987/95, prevê possibilidade de intervenção do Poder concedente, consoante disposto em seu art. 29, ao que transcrevo: (…)
>
> No que pertine à intervenção propriamente dita, a medida encontra-se regulamentada nos artigos 32 a 34 do mesmo diploma, a seguir: (…)
>
> Conforme mencionado, o regramento regente não determina a existência de prévio contraditório, como sustenta o sindicado Impetrante, tampouco o Decreto Municipal n. 4.503/2019 ofendeu as normas que disciplinam a intervenção, havendo sido indicados o interventor, o prazo de duração, o objetivo e os limites da intervenção, consoante previsão legal.
>
> Da mesma forma, no que concerne ao Decreto Municipal n. 4.525/2019, também não se verifica, de plano, qualquer irregularidade, pois traduz, *a priori*, exercício do poder de administração derivado da própria intervenção e do poder de polícia, prerrogativa da Administração Pública, possuindo a respeito plena ciência o particular que contrata com o Poder Público.
>
> Conforme frisado na decisão às fls. 1.434/1.438, a intervenção operada pelo Decreto n. 4.525/2019 não é meramente fiscalizatória, porquanto estabelece que a administração financeira seja gerenciada pelo interventor, bem como, que os recursos auferidos sejam concentrados na conta da administração com destinação para a manutenção do essencial serviço de transporte público coletivo urbano, com o pagamento prioritário de pessoal, remetendo-se o excedente às concessionárias, a teor do seu art. 2º.

> Vale a pena ressaltar que a intervenção não exime o Poder Público da instauração do procedimento administrativo para apurar as responsabilidades, assegurado direito à ampla defesa, sem prejuízo da prestação de contas e responsabilidade do interventor e eventual indenização à concessionária.
>
> Por fim, quanto aos efeitos colaterais da intervenção, insuficiência de recursos, assim como, direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, cumpre recordar que a discussão de tais questões é inviável na célere como via por eleita, ante a necessidade contábil, acumulados dilação probatória, exemplo, perícia prejuízos não ao se admitindo presunções a partir de longo dos últimos anos.
>
> Diante certo deste cenário, cumpre recordar que tão direito robusta líquido e é aquele que um se apresenta de forma e inequívoca que dispensa procedimento probatório dilatado, permitindo, informações desde logo, a resolução da lide a partir das acostadas à exordial. (…)
>
> Dessa forma, não há como identificar, por meio desta ação constitucional, a existência de ilegalidades nos decretos, sendo indispensável, quanto ao mais, que a prova seja pré-constituída, restando inviável a dilação probatória.
>
> [...] (fls. 1.897-1.899).

Dos trechos acima transcritos e das razões recursais, verifica-se, pois, que não cabe a concessão da segurança, dado que, conforme indicado pelo Tribunal de origem, a impetração exigiria atividade instrutória mediante produção de provas, inclusive periciais, a fim de esclarecer eventual reequilíbrio econômico-financeiro no contrato, bem como as alegadas nulidades no curso da intervenção no contrato de concessão firmado entre as concessionárias de transporte coletivo e o Município de Manaus.

Portanto, tem-se que não foi demonstrado o alegado direito líquido e certo, e não houve comprovação, de plano, da violação ao direito por ato ilegal ou abusivo atribuído às autoridades públicas.

Nesse sentido:

> Processual Civil. Agravo interno no recurso ordinário em mandado de segurança. Direito líquido e certo. Inexistência. Alegação de suspensão dos serviços forenses. Ausência de prova pré-constituída. Necessidade de dilação probatória. Inviabilidade do *mandamus*. Agravo desprovido.
>
> 1. O mandado de segurança exige a demonstração de direito líquido e certo próprio do impetrante, mediante a apresentação de prova pré-constituída, o que não ocorre na hipótese, pois as alegações do recorrente demandam dilação probatória, medida inviável no rito sumário e especial da ação constitucional.
>
> 2. Agravo interno desprovido. (AgInt no RMS 61.726/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 18/6/2021).

Administrativo. Agravo interno no recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público. Parcela autônoma especial. Ausência de demonstração de qualquer ilegalidade. Agravo interno do servidor a que se nega provimento.

1. Trata-se de Recurso Ordinário contra ato dos Secretários da Fazenda e da Administração do Estado da Bahia consubstanciado na redução do percentual da Gratificação de Atividade Fiscal percebida, de 135% para 110%.

2. Conforme se verifica, a ordem foi denegada, pois a decisão obedece os critérios legalmente estabelecidos em conformidade aos elementos fáticos correspondentes à posição da parte recorrente e não há que se falar na manutenção dos pontos referentes ao cargo anterior ocupado. A simples alegação, desacompanhada de qualquer espécie de prova, de que a autoridade coatora agiu de forma abusiva e ilegal, não constitui elemento para evidenciar a existência do direito alegado, de forma que tais imputações deveriam ter sido veiculadas em Ação Ordinária, a qual admite dilação probatória. Portanto, o acolhimento da pretensão do recorrente é inviável na via estreita do Mandado de Segurança, ante a necessidade de dilação probatória.

3. Agravo Interno do Servidor a que se nega provimento (AgInt nos EDcl no RMS 57.640/BA, Rel. MIN. Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF-5ª Região), Primeira Turma, DJe 24/6/2021).

Administrativo. Agravo interno no recurso ordinário em mandado de segurança. Promotor de Justiça. Processo administrativo disciplinar. Disponibilidade cautelar. Suposto cometimento de prática de assédio moral e sexual contra servidoras públicas. Necessidade de ampla dilação probatória.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação segundo a qual "a ação mandamental não se confunde com processos cujos ritos são ordinários, ou seja, onde é possível a produção de todas as provas possíveis à elucidação da controvérsia. Seu rito é distinto. As provas têm que ser pré-constituídas, de modo a evidenciar a latente ofensa ao direito líquido e certo invocado pelo impetrante. Caso não restem atendidos os seus requisitos intrínsecos, não será a hipótese do mandado de segurança. Afinal, nesta via não se trabalha com dúvidas, presunções ou ilações. Os fatos têm de ser precisos e incontroversos. A discussão dever orbitar somente no campo da aplicação do direito ao caso concreto, tomando-se como parâmetro as provas pré-constituídas acostadas aos autos" (MS 8.998/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, Terceira Seção, DJ 9/12/2003, p. 207).

2. A revisão da matéria fática produzida no procedimento administrativo, com a consequente incursão no mérito do julgamento administrativo não é permitida ao Poder Judiciário.

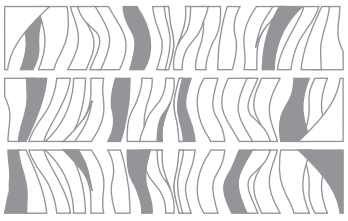
3. No caso dos autos, é necessária a ampla dilação probatória para perquirir a legitimidade da correição extraordinária promovida no Ministério Público Estadual, que cominou no afastamento cautelar do indiciado, na forma dos arts.

139 e 226 da Lei Complementar n. 11/1996, com o objetivo de resguardar a imagem e a credibilidade da instituição.

4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no RMS 51.976/BA, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 28/4/2021).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É o voto.



Segunda Seção

AÇÃO RESCISÓRIA N. 4.590-PR (2010/0199836-2)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti
Revisor: Ministro Antonio Carlos Ferreira
Autor: Banco Banestado S.A
Advogado: Evaristo Aragao Ferreira dos Santos - PR024498
Réu: José Von Stein e Companhia Ltda
Advogados: Marcelo Leal de Lima Oliveira e outro(s) - DF021932
Marina Feres Carmo - DF060972

EMENTA

Processual Civil. Ação rescisória. Ação de prestação de contas. Segunda fase. Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Cheque especial. Apelação. Preliminar de nulidade da intimação afastada. Retorno dos autos ao Tribunal de origem. Exame dos demais tópicos da apelação. Violação de literal disposição de lei. Art. 561 do CPC/73. Erro de fato. Procedência da rescisória.

1. Com o acolhimento da preliminar de nulidade da intimação da instituição financeira ré, o Tribunal de origem deu provimento à apelação para anular a sentença proferida em segunda fase de ação de prestação de contas de contrato de abertura de crédito, que dera por boas as contas apresentadas pelo autor da ação originária

2. A decisão rescindenda reverteu esse entendimento, afastando a mencionada preliminar, porém determinou o restabelecimento da sentença.

3. Ao restaurar a sentença, a decisão do STJ a substituiu, como se em seu corpo a estivesse transcrevendo, mesmo sem examinar explicitamente os respectivos fundamentos jurídicos, passando a ser o próprio título exequendo, constituindo a decisão de mérito passível de execução e de rescisória, da competência do STJ.

4. No caso em exame, o STJ restabeleceu o conteúdo da sentença, sem perceber o fato de que a apelação continha outra preliminar e também impugnação do mérito das contas homologadas.

5. Constitui consequência lógico-processual, a qual sequer precisa ser requerida pela parte, que o afastamento da preliminar implica o exame das demais questões postas no recurso. Precedentes.

6. Violação do art. 561 do CPC/73, segundo o qual rejeitada a preliminar deve-se seguir a discussão e o julgamento dos demais pontos do recurso.

7. Não percebida a existência de matéria pendente, o que se situa na esfera do erro de fato, procedente o pedido de rescisão e, em novo julgamento da causa, a exclusão da parte da decisão que restaurara a sentença, a fim de que a Corte de origem complemente a prestação jurisdicional.

8. Ação rescisória procedente.

ACÓRDÃO

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão julgando procedente a ação rescisória e acompanhando o voto da Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora), e a retificação do voto do Sr. Ministro Moura Ribeiro acompanhando o voto divergente do Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Revisor) para julgar extinta a ação rescisória, a Segunda Seção, por maioria, julgou procedente a ação rescisória, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Vencidos os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira (Revisor), Moura Ribeiro e Nancy Andrighi.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Consignados pedidos de preferência pelo Autor Banco Banestado S.A., representado pela Dra. Suelen Henk e, pelo réu José Von Stein e Companhia Ltda, representado pelo Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho.

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

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 30.3.2022

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo Banco Banestado S.A. com o objetivo de rescindir decisão proferida pelo Ministro Sidnei Beneti (fls. 577/582), que deu provimento ao REsp 907.622/PR para restabelecer sentença que, diante da procedência da primeira fase de ação de prestação de contas de contrato de abertura de crédito em conta corrente e do decurso do prazo previsto no art. 915, § 2º, do CPC anterior, sem manifestação do Banco Itaú S/A, intimado a apresentar as contas na condição de sucessor do Banestado, julgou boas as contas fornecidas pelo autor da ação. Em consequência, foi determinada a execução forçada do valor correspondente, que alcançou a cifra, em agosto de 2010, de R$ 3.311.331,68 (três milhões, trezentos e onze mil, trezentos e trinta e um reais e sessenta e oito centavos - fls. 4 e 914).

Considerou a decisão rescindenda que, apesar de a intimação para prestar as contas ter sido dirigida ao Banco Itaú S.A., o Banestado, depois de efetivado esse ato e na primeira oportunidade em que se manifestou nos autos, requereu prazo para cumprir a determinação e não alegou nulidade alguma na intimação, razão pela qual considerou sanado eventual vício, diante da demonstração de que a instituição financeira teve plena ciência do ato e da necessidade de atender a ordem judicial. Ademais, registrou precedente em que a Quarta Turma deste Tribunal entendeu não ser necessária a intimação pessoal do réu na segunda fase do processo de prestação de contas (REsp 658.960/SP, Rel. Ministro César Asfor Rocha, DJU de 11.12.2006).

Narra o Banestado que a decisão rescindenda violou a literal disposição dos arts. 128, 460, 512, 560 e 561 do CPC revogado, bem como dos arts. 5º, inciso XXXV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal, e isso porque, segundo entende, o provimento do recurso especial deveria ter por consequência de lógica processual não o restabelecimento da sentença, mas o retorno dos autos ao Tribunal de origem para apreciação das demais questões que suscitou no recurso de apelação. Afirma que a solução estabelecida pela decisão rescindenda impediu o exame pelo Tribunal de Justiça do Paraná do mérito de seu recurso de apelação, que, além da "preliminar de nulidade da citação/intimação", impugnou o mérito da sentença, insurgindo-se contra as contas apresentadas pela autora da ação de prestação de contas.

Acrescenta que a decisão rescindenda encontra-se em fase de execução na qual em 29.9.2010 foi determinada a penhora, via Bacenjud, da expressiva quantia acima, valor que o "Réu está na iminência de obter autorização para levantamento".

Dessa forma, sustentando estarem configuradas a plausibilidade jurídica do pedido e a possibilidade de dano irreparável, requer a antecipação dos efeitos da tutela, a fim de que seja sobrestado o cumprimento do julgado, até o exame do mérito da presente ação rescisória.

Por fim, formula pedido de rescisão do julgado singular para o efeito de determinar a devolução do feito à Corte estadual para a análise das demais questões postas na apelação.

Sustenta também a ocorrência de erro de fato, pois o relator não percebeu que não era cabível a restauração da sentença sem o exame dos demais tópicos do recurso, que discutem a nulidade da sentença por falta de fundamentação, a necessidade de perícia contábil para expurgar os encargos próprios das instituições financeiras, indevidamente incluídos na conta, bem como a ocorrência de enriquecimento sem causa da parte adversa. Para esse mister indica a infringência dos arts. 93, inciso IX, da Constituição Federal e 130, 330, 332, 458 e 915, § 2º, do CPC de 1973, 402 e 884 do Código Civil e 4º do Decreto 22.626/1933.

Sucessivamente, postula a nulidade da decisão rescindenda, defendendo a tese de que, por haver substituído a sentença carente de fundamentação, incidiu no mesmo vício, uma vez que meramente homologou as contas apresentadas pela ré, sem apreciar os cálculos apresentados e sem determinar a realização da prova técnica, conforme determina o art. 915, § 3º, do CPC/73.

À fls. 744/746, foi deferida a tutela antecipada para sobrestar o cumprimento da sentença da segunda fase da prestação de contas, que considerou bom o cálculo fornecido pela autora da ação originária.

José von Stein e Companhia Ltda. apresenta agravo interno às fls. 785/796.

A mesma pessoa jurídica oferece contestação às fls. 820/842, no sentido da ausência de interesse de suspender a efetivação do julgado, já determinada pelo Juízo de origem; não cabimento de ação rescisória como sucedâneo de recurso, já estando preclusa a oportunidade de impugnar a conta; ausência de literal violação de lei, pois o afastamento da preliminar lançada na apelação não tem como consequência a devolução do processo ao Tribunal de origem, pleito que não foi deduzido nas contrarrazões ao REsp 907.622/PR. Adiciona que o Julgador não vislumbrou a necessidade de perícia, o que não precisa ser justificado. Argui a inexistência de ofensa a dispositivos da Constituição Federal e de julgamento *ultra petita* por suposto deferimento de pedido não formulado por José von Stein e Cia. Ltda. Também não identifica a ocorrência de erros de

fato, pois a sentença nessas circunstâncias é meramente homologatória. Por fim, acerca dos encargos privativos de instituição financeira, argumenta que o feito não se presta para o reexame de matéria fática.

Adstrita a controvérsia a matéria de índole processual, constando a integralidade do processo de prestação de contas nos autos, não foi facultada a produção de provas.

Em razões finais, o banco autor reitera a fundamentação da inicial (fls. 849/865), da mesma forma procedendo a empresa ré (fls. 868/885).

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opina pela improcedência da ação rescisória (fls. 888/893 e 895).

Manifestação superveniente das partes, por autor e ré, respectivamente, às fls. 897/904 e 913/931.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora):

I

A. A Segunda Seção, acolhendo Questão de Ordem nos autos da AR 5.931/SP, decidiu que as hipóteses de cabimento da ação rescisória são reguladas pelo Código de Processo Civil em vigor na data do trânsito em julgado do acórdão rescindendo.

Quanto ao arbitramento de honorários de advogado e ao depósito previsto no art. 968, II, do CPC/2015 (art. 488, II, do CPC/1973), a Segunda Seção, no julgamento das AR 4.522/RS e 5.655/PA, adotou a orientação de que são disciplinados pelo novo Código de Processo Civil.

B. No presente caso, a decisão rescindenda transitou em julgado na vigência do CPC 1973, sendo essa codificação, portanto, a lei processual regente das hipóteses de cabimento desta ação rescisória.

II

Como visto do relatório, o Banco Banestado S.A. pretende a rescisão do decisório proferido pelo Ministro Sidnei Beneti no REsp 907.622/PR, que

deu provimento ao apelo de José von Stein e Companhia Ltda. para afastar a nulidade da intimação, que fora acolhida pelo TJPR, momento em que o relator ainda determinou o restabelecimento da sentença que julgara boas as contas por ela apresentadas em segunda fase de ação de prestação de contas de contrato de abertura de crédito em conta corrente, decisão que transitou livremente em julgado na data de 28.6.2010 (fl. 584).

Como consequência, a autuação da presente rescisória em 18.11.2010 atende ao requisito da tempestividade.

As preliminares levantadas pela ré se confundem com o mérito, o qual passo a apreciar.

O principal argumento deduzido pelo autor, Banco Banestado, é o de que o afastamento da preliminar de nulidade da intimação impunha o conhecimento dos demais temas que integraram a apelação, sendo indevida a restauração da sentença, sem o retorno dos autos ao tribunal de origem para a complementação do julgamento do recurso.

Tem razão o autor.

Com efeito, transcrevo da decisão rescindenda (fls. 577/582):

> 1.- *José Von Stein e Companhia Ltda.* ajuizou ação de prestação de contas contra *Banco do Estado do Paraná S/A.* sob o argumento de que o réu havia lançado débitos injustificados e juros capitalizados em sua conta corrente.
>
> 2.- A sentença, mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, julgou procedente o pedido, condenando o réu a prestar contas no prazo de 48 horas, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as contas que o autor apresentar.
>
> 3.- Em razão da não prestação de contas pelo Banco, o Juiz julgou boas as contas prestadas pela autora, constituindo-a em título para execução forçada em favor da autora. O réu apelou e o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Rel. Des. *Duarte Medeiros*) deu provimento ao recurso, em Acórdão ementado nos seguintes termos (fl. 405):
>
> > Ação de prestação de contas. Segunda fase. Procedimento desencadeado, por iniciativa da autora, contra entidade financeira que não figura no pólo passivo da demanda, sob o argumento de que seria sucessora do réu, situação que, no entanto, na hipótese destes autos, não se mostra caracterizada. Nulidade processual claramente configurada. Provimento da apelação, para o fim de decretar a nulidade parcial do processo.
>
> 4.- Os Embargos de Declaração interpostos pela autora foram parcialmente acolhidos, porém sem efeito modificativo.

5.- Irresignada, a autora interpôs Recurso Especial, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do artigo 105, III, da Constituição Federal. Sustenta, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 154, 214, § 1º, 244 e 249, § 1º, do Código de Processo Civil, ao argumento de que o comparecimento espontâneo do Banco, que em petição pede prazo para a prestação de contas, supre a falta de intimação pessoal para a segunda fase da ação de prestação de contas.

6.- Contra-arrazoado o recurso, foi-lhe dado seguimento, vindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

7.- O tema já foi tratado por esta Corte, de modo que o recurso deve ser julgado monocraticamente pelo Relator, segundo orientação firmada, com fundamento no art. 557 do CPC, desnecessário, portanto, o envio às sobrecarregadas pautas de julgamento deste Tribunal.

8.- Conforme se verifica nos autos, julgada procedente a primeira fase da ação de prestação de contas movida pela empresa *José Von Stein e Companhia Ltda.* contra o *Banco do Estado do Paraná S/A.*, foi feita a intimação, para que fossem prestadas as contas nos termos pedidos, do *Banco Itaú S/A.* (fls. 278/279), a pedido da empresa autora, por ser ele sucessor do Banco do Estado do Paraná S/A. (fls. 270/271).

Transcorrido o prazo sem que fossem prestadas as contas requeridas, o Juízo julgou boas as apresentadas pela ora recorrida, tendo o Banco interposto o competente recurso de apelação, julgado procedente pelo Tribunal de origem, que anulou parcialmente o processo, uma vez que intimado o Banco Itaú, que não é parte no processo, e não o Banco réu.

A ora recorrente alega que o comparecimento espontâneo do réu aos autos supre qualquer deficiência ou nulidade da intimação, sendo esta, portanto a questão a ser apreciada no Recurso Especial.

9.- É incontroverso nos autos que a intimação fora dirigida ao Banco Itaú S/A., e não ao *Banco do Estado do Paraná*. Há, portanto, que ser analisada referida irregularidade na intimação da parte e o seu alcance.

Com efeito, a intimação é um ato processual solene, cominando a legislação processual a nulidade do ato quando não observadas as prescrições legais, nos termos do art. 247 do CPC. Contudo, o comparecimento espontâneo da parte supre a falta de citação (CPC – art. 214), podendo, por extensão concluir o mesmo para eventual irregularidade na intimação da parte.

Em data posterior à da intimação (11.12.2002) – fl. 279 – do Banco Itaú S/A, e antes da decisão que julgou boas as contas da autora (28.06.2004) – fl. 344 –, o ora recorrido, *Banco do Estado do Paraná S/A.* compareceu aos autos, em petição assinada por sua advogada (17.02.2003) – fl. 339 –, e requereu prazo para a prestação das contas, nos seguintes termos (fl. 339):

> [...] requerer a concessão do prazo de 30 dias para apresentar a sua *prestação de contas*, eis que, com a privatização do Banco do Estado do Paraná S/A, todos os documentos foram levados à Matriz, em Curitiba, e há necessidade de ter em mãos todos os documentos para a elaboração da Prestação de Contas de forma mercantil.

Conforme se observa, na petição transcrita acima, o Banco recorrido não alegou qualquer nulidade da intimação e se mostra ciente do ato que deve praticar, ou seja, na primeira oportunidade que teve de se manifestar nos autos, o Banco não alegou nulidade da intimação e, analisando o teor da referida petição, há que se concluir que tinha ciência do ato processual e da obrigação que lhe competia. E se tinha informação de que os documentos necessários para a prestação das contas tinham sido remetidos à Matriz, em Curitiba, é porque a própria parte – *Banco do Estado do Paraná S/A*, a tinha informado.

Ressalte-se, por oportuno, que para a apresentação da petição acima, a advogada do Banco fez carga dos autos em 27 de janeiro de 2003 (fl. 337-v), momento em que já constavam dos autos a intimação do Banco Itaú (fls. 278/279), a planilha apresentada pela autora (fls. 287/335), onde se diz credora da importância de R$ 872.722,25 (oitocentos e setenta e dois mil, setecentos e vinte e dois reais e vinte e cinco centavos), bem como o auto de penhora e depósito, e respectivo depósito judicial feito pelo Banco Itaú (fl. 337), no verso desta foi-lhe dado carga nos autos.

Observa-se que a advogada que subscreveu a petição acima é a mesma que subscreveu o recurso de apelação e, embora ciente da quantia a que haviam chegado as contas apresentadas pela autora, da penhora feita em nome do Itaú, não alegou na petição qualquer vício, vindo fazer apenas na apelação. E mesmo transcorrido mais de um ano após o pedido de concessão de prazo, as contas não foram prestadas pelo Banco

Há que se concluir, portanto, que se houve irregularidade na intimação da parte, uma vez que intimada pessoa estranha à lide, mesmo com a penhora feita em patrimônio do Banco Itaú, este não veio aos autos alegar qualquer irregularidade. Conclui-se, ainda, que o recorrido tinha ciência do ato processual, e compareceu ao processo para pedir prazo para a prestação de contas, ato que nunca praticou. Sendo assim, há que se concluir, por fim, que se vício houve, encontra-se o mesmo sanado pelos motivos acima expostos.

10.- Quanto ao fundamento do Tribunal para anular o ato, de que necessária a intimação pessoal do réu na segunda fase do processo de prestação de contas, esta Corte, no julgamento do REsp 658.960/SP, Rel. Ministro *Cesar Asfor Rocha*, a Quarta Turma concluiu ser desnecessária a intimação pessoal, em Acórdão ementado nos seguintes termos:

> Ação de prestação de contas. Art. 915, § 2º, do CPC. Segunda fase. Prazo para a apresentação das contas pelo réu. Intimação pessoal. Retirada dos autos pelo patrono da ré. Suprimento.

> Diante das peculiaridades da espécie, em que o patrono da ré retirou os autos e permaneceu inerte por vários meses quanto a eventual nulidade da intimação (prevista no art. 915, § 2º, do CPC), é inoportuna a invocação da questão quando já em fase executiva a ação. Recurso especial conhecido e provido.
>
> (REsp 658.960/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 17/10/2006, DJ 11/12/2006 p. 363)

Convém ser transcrito trecho do voto-vista proferido pelo Min. *Aldir Passarinho*, no referido processo, por elucidar com propriedade a questão:

> A controvérsia derivada do acórdão, portanto, é esta: se suficiente, para fins da intimação para apresentação das contas (início da 2a. fase), de que trata o art. 915, parágrafo 2º, do CPC, aquela feita ao advogado da parte, ou se necessária a intimação pessoal da própria parte.
>
> Rogando vênia à divergência, inobstante a judiciosa argumentação e o respaldo jurisprudencial de vários julgados de Tribunais estaduais, estou em acompanhar o eminente relator.
>
> De efeito, não se cuida de citação (art. 213 do CPC), mas de mera intimação de ato do processo – a sentença condenatória à prestação de contas, primeira fase (arts. 915, parágrafo 2º c/c art. 234).
>
> Apesar de constituir-se o processo de prestação de contas em duas fases, ele é um só. Destarte, a parte ré já se acha integrada na relação processual desde a citação inicial, não havendo porque se exigir, penso eu, uma intimação pessoal para a apresentação das contas a que foi condenada na etapa primeva.
>
> O art. 915, parágrafo 2º, do Código de Ritos não dispõe, textualmente, sobre a intimação pessoal, de modo que não me parece possível acrescentar exigência não constante da lei. Note-se, a propósito, que quando a intimação deve ser feita pessoalmente, preocupou-se o legislador em assim determinar objetivamente, caso, por exemplo, daquela feita ao Ministério Público (art. 236, parágrafo 2º), ou para extinção do processo por abandono da causa (art. 267, parágrafo 1º). Destarte, bastante que sejam atendidos os pressupostos do art. 236, parágrafo 1º, se a ciência é ao advogado da parte, devidamente identificado, não à própria.
>
> É certo, como dito antes, que há orientação jurisprudencial discordante de Cortes de 2ª instância, e também parte da doutrina (João Roberto Parizatto, "Ação de Prestação de Contas", Ed. Parizatto, 2ª ed, pags. 24/25; Busa Mackenzie Michellazzo, "Da Ação de Prestação de Contas", Lexbook, 1998, pag. 16; Assan Helber de Oliveira e Marcelo Dias G. Vilela, "Processo Civil 4", ed. Saraiva, 2005, pag. 34). Mas prefiro, pedindo novas vênias, ficar com a lição de Humberto Theodoro Júnior "Curso de Direito Processual Civil", Ed. Forense, 1999, pag. 113), *verbis*:

> Quanto ao prazo de 48 horas, que se abre ao réu para cumprir a condenação da primeira fase do procedimento, sua contagem é de ser feita a partir do trânsito em julgado da sentença, independentemente de citação ou intimação especial. A própria sentença, ao ser intimada à parte, através de seu advogado, já produz a eficácia de dar início à fluência do prazo de execução do seu comando.
>
> 11.- Pelo exposto, julga-se procedente o Recurso Especial, **para restaurar a decisão monocrática**. (negrito acrescentado)

Diversamente do que alega a parte ré nas razões finais, uma simples leitura da apelação revela que a questão da nulidade da intimação, única enfrentada pelo acórdão estadual, e por conseguinte pela decisão rescindenda, é apenas a primeira das duas preliminares, seguida que foi pela "nulidade da sentença - ausência de requisitos essenciais", e quanto ao mérito, pela "necessidade de realização de perícia contábil - aplicação do art. 915, § 3º, última parte, do CPC, ante os evidentes equívocos dos cálculos apresentados", "quanto à metodologia de cálculo das taxas de encargos praticadas na conta corrente", "quanto aos encargos calculados e demonstrados pelos juntados pela apelada" e "quanto aos questionamentos de capitalização de juros na conta corrente da apelada".

Provida a apelação para anular a sentença pela primeira preliminar, a nulidade da intimação, evidentemente que esse foi o único tema a que José von Stein e Companhia Ltda. dedicou o recurso especial, inconformismo que foi provido pela decisão rescindenda, tendo constado do fecho da decisão a restauração da sentença.

Não pairam dúvidas, todavia, de que o conteúdo da apelação deve ser apreciado integralmente, e de que o afastamento da primeira preliminar implica a restituição do processo para que a Corte revisora prossiga na análise dos demais tópicos por meio dela devolvidos, inclusive no eventual exame do mérito, caso superada a segunda preliminar, pois ao STJ é vedado ingressar em temas não tratados no acórdão estadual.

Como exemplo de precedente nesse sentido, destaco:

> Processual Civil. Preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* acolhida pelo acórdão recorrido e afastada no âmbito do recurso especial. Retorno dos autos à origem para apreciação do mérito. Conseqüência lógico-processual. Desnecessidade de pedido da parte para determinar-se a remessa.
>
> *1.* A questão preliminar processual, quando acolhida na instância *a quo* e repelida em sede de recurso especial, não autoriza o STJ a analisar o *meritum*

causae, posto não esgotada a instância, quanto à integralidade da lide, nos termos do permissivo constitucional encartado no artigo 105, da CRFB/88, *verbis*:

"Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

(...)"

2. Consectariamente, ultrapassada a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* da cooperativa para questionar a legalidade/constitucionalidade da contribuição para o FUNRURAL, acolhida no acórdão objeto de recurso especial, *mister se faz o retorno dos autos à instância de origem para apreciação das demais questões ventiladas na apelação*, sob pena de o STJ incorrer em supressão de instância, revelando-se inaplicável, *in casu*, a teoria da causa madura (artigo 515, § 3º, do CPC), máxime em virtude do inarredável requisito do prequestionamento (*Precedente da Primeira Seção sobre idêntica* quaestio iuris: *EREsp 501.248/RS*, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 25.11.2009, DJe 30.11.2009).

3. Embargos de divergência providos, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que se pronuncie sobre as demais questões ventiladas no recurso de apelação.

(Primeira Seção, EREsp 810.168/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, unânime, DJe de 3.11.2010)

Desse julgado extraio a seguinte passagem, que tem pertinência com a hipótese dos autos, ainda que a preliminar examinada tenha sido a de ilegitimidade ativa *ad causam*:

Cinge-se a controvérsia à caracterização da determinação de retorno dos autos à origem como conseqüência lógico-processual da decisão que pugna pela subsistência da legitimidade ativa da cooperativa para questionar a legalidade/constitucionalidade da contribuição para o FUNRURAL, independentemente de pedido expresso do recorrente.

A questão preliminar processual, quando acolhida na instância a quo e repelida em sede de recurso especial, não autoriza o STJ a analisar o meritum causae, *posto não esgotada a instância, quanto à integralidade da lide*, nos termos do permissivo constitucional encartado no artigo 105, da CRFB/88, *verbis*:

(...)

Consectariamente, a determinação do retorno dos autos à origem para apreciação do meritum causae *configura conseqüência lógico-processual da decisão, proferida em sede de recurso especial, que afasta a preliminar de ilegitimidade ativa* ad causam *da cooperativa (dantes acolhida pelo acórdão regional) para questionar a legalidade/constitucionalidade da contribuição para o FUNRURAL, independentemente de pedido expresso da recorrente*.

Com efeito, além de se revelar inaplicável a teoria da causa madura (artigo 515, § 3º, do CPC) em sede extraordinária, *a conclusão do julgamento, no âmbito do STJ, com o mero afastamento da preliminar de ilegitimidade* ad causam, *sem a necessária determinação do retorno dos autos à origem para exame do mérito, encerraria prestação jurisdicional inócua*, divorciada do aludido princípio constitucional.

No mesmo diapasão, confira-se a ementa do recente julgado oriundo da Primeira Seção que versou sobre idêntica *quaestio iuris*:

> Processual Civil. Embargos de divergência. Ilegitimidade ativa (para discussão acerca da inexigibilidade da contribuição ao FUNRURAL). Preliminar afastada no julgamento do recurso especial. Retorno dos autos à origem para o enfrentamento das demais questões. Consequência do julgado. Desnecessidade de pedido da parte para determinar-se a remessa.
>
> 1. Os presentes Embargos de divergência têm como escopo dirimir a seguinte questão: se, nos casos em que o recurso especial é provido para afastar preliminar de ilegitimidade ativa, é necessário, ou não, pedido expresso da parte para que os autos sejam remetidos ao Tribunal local a fim de que prossiga o julgamento da apelação.
>
> 2. Provocado o Poder Judiciário por meio do exercício do direito de ação, deve o Estado-Juiz promover os atos processuais necessários à solução da demanda, que, de acordo com o art. 162, § 1º, do CPC, se dá mediante prolação de sentença terminativa (art. 267) ou definitiva de mérito (art. 269).
>
> 3. Dessa forma, cassada a sentença que extinguira o processo em face de uma preliminar de mérito, é necessário que se profira novo julgamento a fim de se responder as demais questões suscitadas pelas partes; caso contrário, chegar-se-á a uma situação insólita, de se encerrar o feito sem que haja a prévia prolação de sentença, ou seja, de forma absolutamente inócua.
>
> 4. Tendo em vista que na instância especial não se aplica o art. 515, § 3º, do CPC (teoria da causa madura), provido o recurso especial para afastar a preliminar de mérito que fora reconhecida pelo acórdão *a quo*, devem os autos retornar à Corte de origem para que aprecie as demais questões a ela submetidas, sob pena de o julgado, na prática, incidir em negativa de prestação jurisdicional.

> 5. Embargos de divergência providos. (EREsp 501.248/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 25.11.2009, DJe 30.11.2009)]

Como verificado na lição acima, o ingresso nas questões relativas à nulidade da sentença por falta de fundamentação, aos encargos próprios das instituições financeiras, à necessidade de perícia e ao enriquecimento sem causa, não estão ao alcance desta Corte, pela inaplicabilidade do princípio da causa madura na instância especial, além da flagrante ausência de prequestionamento oriunda da falta de debate no decisório rescindendo e no acórdão de origem.

Em reforço, na decisão concessiva da tutela antecipada, ainda consignei (fls. 745/746):

> No caso presente, observo que, julgada procedente a ação de prestação de contas, o réu não cumpriu o prazo legal de 48 horas para prestá-las, o que deu ensejo à apresentação das contas pelo autor. Nesta hipótese, embora o art. 915, § 2º, do CPC, estabeleça não mais ser lícito ao réu impugnar as contas apresentadas pelo autor, o § 3º do mesmo artigo determina que tal conta deva ser julgada "segundo o prudente arbítrio do juiz, que poderá determinar, se necessário, a realização do exame pericial contábil".
>
> Assim, a falta de apresentação, pelo réu, das contas no prazo de 48 horas não determina a cega homologação das contas apresentadas pelo autor, mas a sua apreciação fundamentada pelo juiz.
>
> A sentença restabelecida pela decisão rescindenda, todavia, em face da falta de apresentação das contas pelo réu, sem exercer juízo algum sobre a conta do autor, constituiu-a em título executivo. Em sua apelação, o réu, autor da presente rescisória, alegou nulidade da execução por falta de intimação pessoal do devedor e, em seguida, questionou os valores pretendidos pelo autor. O acórdão acolheu a preliminar de nulidade da execução, por falta de intimação do banco, o que tornou prejudicado o exame das demais matérias suscitadas na apelação. A decisão rescindenda, proferida no recurso especial, afastou a nulidade da intimação para a prestação de contas, considerando-a suprida pela vista dos autos concedida ao *Banestado*, entendendo, ademais, ser desnecessária a intimação pessoal para a segunda fase da ação de prestação de contas. Concluiu, todavia, o acórdão por restaurar a sentença, ao invés de determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para julgamento das demais questões suscitadas na apelação.
>
> Ressalto que a sentença restaurada não emitiu juízo algum sobre a correção das contas apresentadas pelo autor, considerando que sua transformação em título executivo seria consequência inerente à circunstância de o réu não havê-las apresentado no prazo legal. Não é, todavia, esta a regra do art. 915, § 3º, do CPC, que faz prevê a necessidade de o juiz julgar as contas segundo seu "prudente

> arbítrio", valendo-se de perícia contábil, se necessário. Este juízo a respeito do valor cobrado não existiu em primeiro e nem em segundo grau de jurisdição, neste último em face do acolhimento de preliminar que prejudicou o julgamento das demais questões postas pelo apelante.
>
> Parece-me relevante, portanto, a alegação de ofensa ao art. 561 do CPC, uma vez que superada, pela decisão tomada no recurso especial, a preliminar de nulidade da intimação do réu, impunha-se o retorno dos autos à origem para julgamento dos outros pontos impugnados na apelação, os quais ficaram sem apreciação.

Manifesta, portanto, a literal violação do art. 561 do CPC pretérito, segundo o qual rejeitada a preliminar, "seguir-se-ão a discussão e o julgamento da matéria principal, pronunciando-se sobre esta os juízes vencidos na preliminar."

Caracterizado, igualmente, o erro de fato, a saber, o erro consistente em não haver verificado, o julgado rescindendo, o fato de que havia outras questões deduzidas na apelação a serem enfrentadas após o afastamento da preliminar de nulidade da intimação.

Em face do exposto, julgo procedente a ação rescisória para tornar definitiva a tutela antecipada e desconstituir em parte a decisão rescindenda, retirando do dispositivo a frase "para restaurar a decisão monocrática" e, como consequência, determino a remessa dos autos ao TJPR para prosseguir na análise dos demais temas contidos na apelação (fls. 402/415), superada a preliminar de nulidade da intimação, com cuja decisão se conformou o autor, ficando prejudicados os demais pedidos, bem como o agravo interno de fls. 785/796.

Condeno a ré ao pagamento das despesas processuais e de verba honorária no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais), fixados por equidade, com base no art. 85, § 8º do CPC/2015.

É como voto.

VOTO-REVISÃO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de ação rescisória proposta por Banco Banestado S.A., com fundamento no art. 485, V ("violar literal disposição de lei") e IX ("fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa"), do CPC/1973, contra José Von Stein & Cia Ltda., buscando rescindir decisão monocrática do em. Ministro *Sidnei Beneti*, proferida no REsp n. 907.622/PR, com o seguinte teor:

1.- *José Von Stein e Companhia Ltda.* ajuizou ação de prestação de contas contra *Banco do Estado do Paraná S/A.* sob o argumento de que o réu havia lançado débitos injustificados e juros capitalizados em sua conta corrente.

2.- A sentença, mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, julgou procedente o pedido, condenando o réu a prestar contas no prazo de 48 horas, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as contas que o autor apresentar.

3.- Em razão da não prestação de contas pelo Banco, o Juiz julgou boas as contas prestadas pela autora, constituindo-a em título para execução forçada em favor da autora. O réu apelou e o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Rel. Des. *Duarte Medeiros*) deu provimento ao recurso, em Acórdão ementado nos seguintes termos (fl. 405):

> Ação de prestação de contas. Segunda fase. Procedimento desencadeado, por iniciativa da autora, contra entidade financeira que não figura no pólo passivo da demanda, sob o argumento de que seria sucessora do réu, situação que, no entanto, na hipótese destes autos, não se mostra caracterizada. Nulidade processual claramente configurada. Provimento da apelação, para o fim de decretar a nulidade parcial do processo.

4.- Os Embargos de Declaração interpostos pela autora foram parcialmente acolhidos, porém sem efeito modificativo.

5.- Irresignada, a autora interpôs Recurso Especial, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do artigo 105, III, da Constituição Federal. Sustenta, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 154, 214, § 1º, 244 e 249, § 1º, do Código de Processo Civil, ao argumento de que o comparecimento espontâneo do Banco, que em petição pede prazo para a prestação de contas, supre a falta de intimação pessoal para a segunda fase da ação de prestação de contas.

6.- Contra-arrazoado o recurso, foi-lhe dado seguimento, vindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

7.- O tema já foi tratado por esta Corte, de modo que o recurso deve ser julgado monocraticamente pelo Relator, segundo orientação firmada, com fundamento no art. 557 do CPC, desnecessário, portanto, o envio às sobrecarregadas pautas de julgamento deste Tribunal.

8.- Conforme se verifica nos autos, julgada procedente a primeira fase da ação de prestação de contas movida pela empresa *José Von Stein e Companhia Ltda.* contra o *Banco do Estado do Paraná S/A.*, foi feita a intimação, para que fossem prestadas as contas nos termos pedidos, do *Banco Itaú S/A.* (fls. 278/279), a pedido da empresa autora, por ser ele sucessor do Banco do Estado do Paraná S/A. (fls. 270/271).

Transcorrido o prazo sem que fossem prestadas as contas requeridas, o Juízo julgou boas as apresentadas pela ora recorrida, tendo o Banco interposto o competente recurso de apelação, julgado procedente pelo Tribunal de origem, que anulou parcialmente o processo, uma vez que intimado o Banco Itaú, que não é parte no processo, e não o Banco réu.

A ora recorrente alega que o comparecimento espontâneo do réu aos autos supre qualquer deficiência ou nulidade da intimação, sendo esta, portanto a questão a ser apreciada no Recurso Especial.

9.- É incontroverso nos autos que a intimação fora dirigida ao Banco Itaú S/A., e não ao *Banco do Estado do Paraná*. Há, portanto, que ser analisada referida irregularidade na intimação da parte e o seu alcance.

Com efeito, a intimação é um ato processual solene, cominando a legislação processual a nulidade do ato quando não observadas as prescrições legais, nos termos do art. 247 do CPC. Contudo, o comparecimento espontâneo da parte supre a falta de citação (CPC – art. 214), podendo, por extensão concluir o mesmo para eventual irregularidade na intimação da parte.

Em data posterior à da intimação (11.12.2002) – fl. 279 – do Banco Itaú S/A, e antes da decisão que julgou boas as contas da autora (28.06.2004) – fl. 344 –, o ora recorrido, *Banco do Estado do Paraná S/A.* compareceu aos autos, em petição assinada por sua advogada (17.02.2003) – fl. 339 –, e requereu prazo para a prestação das contas, nos seguintes termos (fl. 339):

> [...] requerer a concessão do prazo de 30 dias para apresentar a sua *prestação de contas*, eis que, com a privatização do Banco do Estado do Paraná S/A, todos os documentos foram levados à Matriz, em Curitiba, e há necessidade de ter em mãos todos os documentos para a elaboração da Prestação de Contas de forma mercantil.

Conforme se observa, na petição transcrita acima, o Banco recorrido não alegou qualquer nulidade da intimação e se mostra ciente do ato que deve praticar, ou seja, na primeira oportunidade que teve de se manifestar nos autos, o Banco não alegou nulidade da intimação e, analisando o teor da referida petição, há que se concluir que tinha ciência do ato processual e da obrigação que lhe competia. E se tinha informação de que os documentos necessários para a prestação das contas tinham sido remetidos à Matriz, em Curitiba, é porque a própria parte – *Banco do Estado do Paraná S/A*, a tinha informado.

Ressalte-se, por oportuno, que para a apresentação da petição acima, a advogada do Banco fez carga dos autos em 27 de janeiro de 2003 (fl. 337-v), momento em que já constavam dos autos a intimação do Banco Itaú (fls. 278/279), a planilha apresentada pela autora (fls. 287/335), onde se diz credora da importância de R$ 872.722,25 (oitocentos e setenta e dois mil, setecentos e vinte e dois reais e vinte e cinco centavos), bem como o auto de penhora e depósito, e

respectivo depósito judicial feito pelo Banco Itaú (fl. 337), no verso desta foi-lhe dado carga nos autos.

Observa-se que a advogada que subscreveu a petição acima é a mesma que subscreveu o recurso de apelação e, embora ciente da quantia a que haviam chegado as contas apresentadas pela autora, da penhora feita em nome do Itaú, não alegou na petição qualquer vício, vindo fazer apenas na apelação. E mesmo transcorrido mais de um ano após o pedido de concessão de prazo, as contas não foram prestadas pelo Banco

Há que se concluir, portanto, que se houve irregularidade na intimação da parte, uma vez que intimada pessoa estranha à lide, mesmo com a penhora feita em patrimônio do Banco Itaú, este não veio aos autos alegar qualquer irregularidade. Conclui-se, ainda, que o recorrido tinha ciência do ato processual, e compareceu ao processo para pedir prazo para a prestação de contas, ato que nunca praticou. Sendo assim, há que se concluir, por fim, que se vício houve, encontra-se o mesmo sanado pelos motivos acima expostos.

10.- Quanto ao fundamento do Tribunal para anular o ato, de que necessária a intimação pessoal do réu na segunda fase do processo de prestação de contas, esta Corte, no julgamento do REsp 658.960/SP, Rel. Ministro *Cesar Asfor Rocha*, a Quarta Turma concluiu ser desnecessária a intimação pessoal, em Acórdão ementado nos seguintes termos:

> Ação de prestação de contas. Art. 915, § 2º, do CPC. Segunda fase. Prazo para a apresentação das contas pelo réu. Intimação pessoal. Retirada dos autos pelo patrono da ré. Suprimento.
>
> Diante das peculiaridades da espécie, em que o patrono da ré retirou os autos e permaneceu inerte por vários meses quanto a eventual nulidade da intimação (prevista no art. 915, § 2º, do CPC), é inoportuna a invocação da questão quando já em fase executiva a ação. Recurso especial conhecido e provido.
>
> (REsp 658.960/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 17/10/2006, DJ 11/12/2006 p. 363)

Convém ser transcrito trecho do voto-vista proferido pelo Min. *Aldir Passarinho*, no referido processo, por elucidar com propriedade a questão:

> A controvérsia derivada do acórdão, portanto, é esta: se suficiente, para fins da intimação para apresentação das contas (início da 2ª fase), de que trata o art. 915, parágrafo 2º, do CPC, aquela feita ao advogado da parte, ou se necessária a intimação pessoal da própria parte.
>
> Rogando vênia à divergência, inobstante a judiciosa argumentação e o respaldo jurisprudencial de vários julgados de Tribunais estaduais, estou em acompanhar o eminente relator.

> De efeito, não se cuida de citação (art. 213 do CPC), mas de mera intimação de ato do processo – a sentença condenatória à prestação de contas, primeira fase (arts. 915, parágrafo 2º c/c art. 234).
>
> Apesar de constituir-se o processo de prestação de contas em duas fases, ele é um só. Destarte, a parte ré já se acha integrada na relação processual desde a citação inicial, não havendo porque se exigir, penso eu, uma intimação pessoal para a apresentação das contas a que foi condenada na etapa primeva.
>
> O art. 915, parágrafo 2º, do Código de Ritos não dispõe, textualmente, sobre a intimação pessoal, de modo que não me parece possível acrescentar exigência não constante da lei. Note-se, a propósito, que quando a intimação deve ser feita pessoalmente, preocupou-se o legislador em assim determinar objetivamente, caso, por exemplo, daquela feita ao Ministério Público (art. 236, parágrafo 2º), ou para extinção do processo por abandono da causa (art. 267, parágrafo 1º). Destarte, bastante que sejam atendidos os pressupostos do art. 236, parágrafo 1º, se a ciência é ao advogado da parte, devidamente identificado, não à própria.
>
> É certo, como dito antes, que há orientação jurisprudencial discordante de Cortes de 2ª instância, e também parte da doutrina (João Roberto Parizatto, "Ação de Prestação de Contas", Ed. Parizatto, 2ª ed, pags. 24/25; Busa Mackenzie Michellazzo, "Da Ação de Prestação de Contas", Lexbook, 1998, pag. 16; Assan Helber de Oliveira e Marcelo Dias G. Vilela, "Processo Civil 4", ed. Saraiva, 2005, pag. 34). Mas prefiro, pedindo novas vênias, ficar com a lição de Humberto Theodoro Júnior "Curso de Direito Processual Civil", Ed. Forense, 1999, pag. 113), *verbis*:
>
> > Quanto ao prazo de 48 horas, que se abre ao réu para cumprir a condenação da primeira fase do procedimento, sua contagem é de ser feita a partir do trânsito em julgado da sentença, independentemente de citação ou intimação especial. A própria sentença, ao ser intimada à parte, através de seu advogado, já produz a eficácia de dar início à fluência do prazo de execução do seu comando.

11.- Pelo exposto, julga-se procedente o Recurso Especial, para restaurar a decisão monocrática.

Intimem-se. (e-STJ fls. 577/582.)

O autor alega que "o mais notório vício que macula a r. Decisão rescindenda consiste na *violação literal* dos arts. 560 e 561 do CPC, 5º, XXXV, 93, IX da CF, na medida em que o mérito da Apelação manejada pelo Banco deixou de ser apreciado, bem como os artigos 512, 128 e 460 do CPC, vez que, ao restaurar a sentença de primeiro grau, quando deveria ter determinado a remessa dos autos

ao Tribunal *a quo* para julgamento das demais questões suscitadas na Apelação, concedeu-se ao Réu mais do que ele teria direito, com o provimento do Recurso Especial" (e-STJ fl. 2).

Explica, quanto ao primeiro ponto, "que a Apelação interposta pelo Banestado *não se fundamentou apenas na alegação de nulidade da citação/intimação realizada*. Na verdade, a preliminar de nulidade de citação/intimação foi *apenas um dos fundamentos* do apelo. Além dela, outra preliminar foi apontada – atinente ao vício de fundamentação – bem como foi impugnado o *mérito* da r. Sentença" (e-STJ fl. 3). Acrescenta que:

> O Tribunal de Justiça do Paraná, ao acolher a *preliminar de nulidade de citação/intimação* no julgamento da Apelação, não prosseguiu – porque isso seria desnecessário, a teor do art. 560 do CPC – na atividade cognitiva atinente aos demais fundamentos do apelo.
>
> Contudo, ao prover o Recurso Especial manejado pela parte contrária, afastado a *preliminar* de nulidade de citação/intimação reconhecida pelo v. Acórdão recorrido, cumpria ao Exmo. Relator agir de acordo com o disposto no art. 561 do CPC, determinando o retorno dos autos o Tribunal local para continuação do julgamento do apelo, com a apreciação das teses recursais não decididas naquela instância.
>
> Na verdade, o equívoco cometido pelo Exmo. Ministro Relator é tão evidente que pode, até mesmo, ser qualificado como *erro de fato*. Tivesse notado que a Apelação do Banco tinha vários capítulos, e que o Tribunal local encerrou o julgamento pelo acolhimento da primeira preliminar apontada, certamente, teria determinado a baixa dos autos para análise das demais questões, e não *restaurado* a r. Sentença.
>
> Na prática, esse *error in procedendo* da r. Decisão impugnada permitiu que, logo após sua prolação, os autos baixassem ao Juízo *a quo*, e o ora Réu passasse a executar a r. Sentença "restaurada", *sem que o mérito da apelação manejada pelo banco tivesse sido julgado*!
>
> No bojo dessa execução, evidentemente equivocada, o Banco Banestado sofreu, no último dia 29 de setembro, penhora *online* no valor de R$ 3.311.331,88 (três milhões, trezentos onze mil, trezentos e trinta e um reais e oitenta e oito centavos).
>
> Como, recentemente, a impugnação apresentada pelo Banco foi julgada improcedente, o ora Réu está na iminência de obter autorização para levantamento dessa quantia. (e-STJ fls. 3/4.)

Afirma que as partes são legítimas, que foi respeitado o prazo decadencial, que consta dos autos a guia de pagamento do depósito de 5% sobre o valor

atualizado da causa, e que "a r. Decisão rescindenda é de mérito, pois *conheceu* e *proveu* o Recurso Especial n. 907.622, reformando o v. Acórdão que julgou a Apelação do Banco e restaurando, expressamente (ainda que de forma equivocada), a r. Sentença" (e-STJ fl. 8).

Especificamente acerca da ofensa aos arts. 5º, XXXV, e 93, IX, da CF, assevera que a decisão rescindenda implicou negativa de prestação jurisdicional, "caracterizada na medida em que o apelo do Banco não foi julgado integralmente" (e-STJ fl. 18).

Sustenta que também se pode "afirmar que o pronunciamento rescindendo violou o artigo 512 do CPC, pois a impugnação deduzida no Recurso Especial do Réu *limitou-se* à questão da nulidade da citação/intimação do Banco. Assim, seu julgamento, por essa Corte, somente poderia *substituir* o v. Acórdão recorrido, no que tange a essa preliminar. Quanto ao restante, *não houve decisão!*" (e-STJ fl. 18)

Quanto à suposta contrariedade aos arts. 128 e 460 do CPC/1973, argumenta que a decisão rescindenda "acabou concedendo ao Recorrente, ora Réu, mais do que teria direito, com o provimento de seu Recurso Especial. Como já frisado, rigorosamente, o reconhecimento das ilegalidades apontadas no Recurso Especial jamais poderiam ter levado ao restabelecimento da r. Sentença. No máximo, levariam ao afastamento da preliminar de nulidade e o retorno dos autos ao Tribunal local, para continuação do julgamento do apelo" (e-STJ fl. 19).

Para demonstrar a existência de erro de fato, alega que, caso "tivesse o Relator do Recurso Especial n. 907.622/PR *notado* que a Apelação manejada pelo Banco Itaú também impugnava o mérito da r. Sentença, e que esse mérito *não chegou a ser analisado* pelo E. Tribunal local, em função do acolhimento da preliminar de nulidade de citação/intimação, seguramente, teria determinado o retorno dos autos ao Tribunal local, para continuação do julgamento, após o afastamento da preliminar inicialmente reconhecida" (e-STJ 20).

Assevera que, "em atenção ao princípio da eventualidade: se não se entender que a ordem de restauração da r. sentença apelada merece ser eliminada do *decisum*, [...] então a r. decisão merece ser rescindida em função dos vícios que maculam a r. sentença" (e-STJ fl. 22). Isso porque o julgado rescindendo "teria endossado/encampado a r. sentença. Por essa lógica, passar-se-á a entender que a r. decisão rescindenda *incidiu nos mesmos equívocos cometidos pelo Juiz de Primeiro Grau*" (e-STJ fl. 23).

No que se refere aos supostos vícios na sentença, aponta "violação aos arts. 458 do CPC e art. 93, IX, da CF (vício de fundamentação), bem como aos arts. 130, 330, 332 e 915, § 2º do CPC" (e-STJ fl. 24). Argumenta que:

> No presente caso, o vício de fundamentação da r. Sentença é patente, vez que o pronunciamento não atende, minimamente, os requisitos exigidos pelo art. 458 do CPC.
>
> [...]
>
> Como se pode perceber, o MM. Juiz *a quo*, embora tenha afirmado que o Réu não prestou, tempestivamente, as contas solicitadas, *não explicitou as razões pelas quais concluiu que as contas apresentadas pela autora seriam boas*.
>
> [...]
>
> Com efeito, nos dias de hoje é intolerável condenação judicial firmada em elementos inconsistentes, em especial quando envolve cifras significativas (capazes de gerar enriquecimento/empobrecimento indevidos) – a exemplo da que se vê no caso presente.
>
> Nos autos em exame, a r. Sentença acabou por confirmar a homologação dos cálculos irreais apresentados pelo ora Réu, em integral afronta ao disposto nos arts. 130 e 332 do CPC – que estabelecem o dever do Juiz de determinar, inclusive *ex officio*, a produção da prova (mesmo a pericial) que se mostrar necessária para esclarecer a controvérsia.
>
> A solução adotada equivale à interpretação ilegal da regra do § 2º do art. 915 do CPC, por meio da qual privilegia-se a punição da inércia do Réu, em detrimento da busca por uma condenação coerente e justa. Sobre o tema, Alexandre de Paula observa que: "*É simplesmente odiosa a solução oferecida pela parte final do § 2º. Admitir que o autor – só porque o réu não prestou as contas no prazo que a sentença lhe assinou – possa apresentá-las, livres do exame, da crítica, da impugnação do ex adverso, sujeitando-se o Juiz a aceitá-las, eis que não pode assumir a posição de defensor do réu, afigura-se-nos solução medieval, à qual, certamente, a jurisprudência dará os temperamentos que se impõem, se, antes, não acudir o legislador, com o remédio da reforma da regra.*"
>
> [...]
>
> É claro, portanto, que a r. Sentença violou as regras dos arts. 130, 330, 332 e 915, § 2º do CPC, quando deixou de reconhecer o dever de o Julgador determinar, *ex officio*, a produção da prova para verificação da exatidão dos cálculos prestados pelo Autor. Só assim haveria a mínima segurança sobre o direito do Autor às altíssimas cifras que sendo executadas na Ação de Prestação de Contas.
>
> Violou, também, o disposto nos já citados art. 458 do CPC e 93, IX da CF, ao concluir que as contas apresentadas pelo Autor seriam boas, sem fundamentação hábil. Simplesmente, nenhuma ponderação acerca dos cálculos apresentados

> pelo Autor foi realizada, indicando que, possivelmente, sequer foram analisadas pelo MM. Juiz *a quo*! (e-STJ fls. 25/28.)

Entende que a sentença incidiu em erro de fato (art. 485, IX, do CPC/1973), tendo em vista que "deixou de notar que os cálculos apresentados pelo ora Réu adotaram as mesmas taxas de juros cobradas pelas instituições financeiras, e ainda de forma capitalizada" (e-STJ fl. 29). Aduz que "tal fato (análise de elementos básicos dos cálculos) deveria ter sido considerado com como elemento relevante pela r. Sentença, e implicar o reconhecimento do erro dos cálculos apresentados pelo ora Réu, já que os manipulou, em seu favor, exatamente na contramão da própria pretensão inicial, cuja ação de prestação combatia o fato de o Banco ter cobrado juros supostamente *abusivos de forma capitalizada*" (e-STJ fl. 29). E conclui que:

> Tivesse o MM. Juiz *a quo* sentenciante analisado os cálculos e os critérios empregados nas contas apresentadas, de modo algum teria reputado boas as contas. Havendo mínima dúvida, seria o caso de apuração por simples liquidação, ainda que pelo contador, já que a requerida apontou os valores iniciais que seriam, segundo ela, frutos de capitalização de juros e débitos indevidos. Jamais, porém, poderiam ser presumidas boas contas que, no mínimo, apresentavam notórias evidências de serem equivocadas.
>
> Assim, o equívoco cometido pelo órgão judicial na apuração desse fado, salta aos olhos a partir da simples análise dos documentos constantes dos autos (fls. 284/335).
>
> Apenas a título exemplificativo, a simples análise de cada um dos lançamentos listados nas contas apresentadas, sejam eles os juros capitalizados (fls. 292/301) ou os débitos tidos por indevidos (fls. 302/335), revela-se a ocorrência de erro evidente na confecção do cálculo. (e-STJ fls. 29/30.)

Na sequência, passou a examinar detidamente os cálculos apresentados, apontando equívocos em sua confecção (cf. e-STJ fls. 30/35).

Por último, igualmente sob o enfoque de vícios específicos na sentença, alega "violação aos arts. 1.062 do Código Civil 1916, 406 do Código Civil de 2002 e 4º do Decreto-Lei 22.626/33, bem como ao art. 884 do Código Civil (que veda o enriquecimento sem causa)" (e-STJ fl. 35). Anota que, "em última análise, resta claro também que, ao julgar boas as contas apresentadas pelo ora Réu, a r. Sentença (restaurada pela r. Decisão do Min. Beneti) violou os dispositivos legais que impedem a aplicação de juros em taxas superiores a 6 ou 12% ao ano, a capitalização e o enriquecimento sem causa" (e-STJ fl. 35). De fato, continua o autor, "em casos como o ora em análise (cálculo da restituição

devida ao cliente pela cobrança indevida), somente poderão incidir os juros que decorrem expressamente da Lei, ou seja, aqueles estabelecidos nos arts. 1.062 do Código Civil/1916, atualmente previstos no art. 406 do Código Civil de 2002" (e-STJ fl. 35). Daí que "se requer a rescisão da parte da r. Decisão proferida pelo Exmo. Min. Beneti, que restabeleceu a r. Sentença, ante a evidente afronta aos dispositivos de Lei retro mencionados" (e-STJ fl. 36).

Pediu antecipação de tutela para "suspender o cumprimento da decisão rescindenda, até o julgamento final da presente Ação Rescisória" (e-STJ fl. 38) e, quanto ao mérito:

> c) no que se refere ao juízo rescindente, pede-se, inicialmente, que seja rescindida a parte final da r. Decisão proferida no Recurso Especial n. 907.622, que determinou, como consequência do provimento do recurso, o restabelecimento da r. Sentença de primeiro grau;
>
> d) em seguida, no que se refere ao juízo rescindendo, requer-se seja proferido novo julgamento, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal local para continuação do julgamento do apelo;
>
> e) não sendo esse o entendimento, requer-se, sucessivamente, seja a r. Decisão rescindida, e em seu lugar seja proferido outra, reconhecendo que a r. Sentença de 1º grau (i) é *nula*, por vício de fundamentação; ou (ii) merece ser *reformada*, pois as contas prestadas pelo ora Réu não são boas. Ao invés delas, espera-se seja determinado que, no juízo *a quo*, sejam refeitas as contas, a partir da aplicação de juros à taxa de 0,5% ao mês (até a entrada em vigor do Novo Código Civil) e, após 11/01/2003, fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional – que, no entendimento majoritário da jurisprudência, representa a taxa de 1% ao mês, prevista no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, *sem capitalização*" (e-STJ fls. 38/39.)

Conferiu à causa "o valor de R$ 2.077,03 (dois mil, setenta e sete reais e três centavos), que corresponde ao valor atribuído, pelo aqui Réu, à Ação de Prestação de Contas n. 902/1999 – *qual seja*: R$ 1.000,00 –, devidamente atualizado, mediante aplicação do INPC" (e-STJ fl. 39).

A eminente Ministra *Maria Isabel Gallotti*, Relatora, deferiu o pedido de antecipação de tutela (e-STJ fls. 744/746), tendo sido interposto agravo regimental pelo réu (e-STJ fls. 785/817).

José Von Stein e Companhia Ltda. apresentou contestação postulando a revogação da tutela antecipada, a extinção do processo sem julgamento do mérito ou a improcedência do pedido, condenado o autor nos ônus da sucumbência (e-STJ fls. 820/842).

Autor e réu protocolizaram alegações finais (e-STJ fls. 849/865 e 868/885).

O Dr. *Antonio Carlos Alpino Bigonha*, ilustrado Subprocurador-Geral da República, manifestou-se pela improcedência da ação rescisória (e-STJ fls. 888/893), estando o respectivo parecer assim ementado:

> Ação rescisória. Literal violação. Erro de fato. Não configuração.
>
> Diante da inércia da instituição financeira em apresentar as contas a que foi condenada em ação de prestação de contas, não se verifica qualquer violação de dispositivo legal pela r. Decisão que entendeu serem desnecessárias a intimação pessoal do Banco para a segunda fase da prestação de contas e a realização de perícia para aferir o valor da conta. Aplicação do art. 915, § 3º, do CPC. A ação rescisória não pode ser utilizada como mero sucedâneo recursal.
>
> Parecer pela improcedência da ação rescisória. (e-STJ fl. 895 – retificada.)

O autor protocolizou petição para impugnar o parecer do Ministério Público Federal (e-STJ fls. 897/904).

O réu requereu a revogação da medida liminar ou o julgamento do agravo interno de fls. 798/817 (e-STJ) (e-STJ fls. 913/931).

Relatório apresentado pela eminente Relatoria, juntado às fls. 933/935 (e-STJ).

Desde logo, esclareço que, segundo entendo, a presente ação rescisória deve ser julgada extinta sem julgamento do mérito, por não estarem presentes os rígidos e indispensáveis requisitos para o cabimento da demanda.

Inicialmente, a decisão rescindenda, do eminente Ministro *Sidnei Beneti*, não enfrentou o mérito da demanda originária nem substituiu a sentença na forma do art. 512 do CPC/1973, que, diversamente do alegado pelo autor, não foi violado.

No caso, o TJPR deu provimento à apelação tão somente para anular o processo por vício de intimação realizada na segunda fase da ação de prestação de contas, direcionada a terceiro estranho à lide, constando assim do dispositivo do respectivo acórdão:

> Por conseguinte, estando inequivocamente caracterizada a nulidade processual apontada, pois que a segunda fase da ação, nos moldes do artigo 915, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil, foi direcionada contra terceiro que não ostenta a qualidade de parte no processo, ao invés de se fazê-lo, isto sim, contra o réu, dá-se acolhida á preliminar por este invocada, no recurso, para o fim de anular o processo, a partir do despacho de fls. 278, sem prejuízo de que possa a

> execução do julgado ser renovada, com o seu endereçamento contra aquele que legalmente figura no pólo passivo da relação processual. (e-STJ fl. 460.)

No recurso especial, o ora réu postulou a reforma do acórdão da apelação para que, afastada a nulidade do processo, fosse mantida, por consequência, a validade da sentença, "em observância ao princípio da instrumentalidade das formas", nos seguintes termos:

> Diante do exposto, requer dignem-se V. Exas., em conhecendo o recurso, dar-lhe provimento, para reformar o acórdão recorrido, para considerar válido o comparecimento do Recorrido ao processo e reformar o acórdão recorrido, mantendo a sentença singular, em observância ao princípio da instrumentalidade das formas e conferindo vigência aos artigos 154, 214, § 1º, 244 e 249, § 1º todos do Código de Processo Civil, e ainda ao artigo 158 do Código de Processo Civil fazendo valer a declaração de inequívoca ciência do Recorrido, ou ainda, conhecer o recurso e dar provimento, de acordo com as reiteradas decisões, confrontadas em divergência de interpretação de Lei Federal e ao acórdão recorrido, e também pela jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, pois assim estarão dando a melhor interpretação a norma jurídica e fazendo a mais perfeita e integral *Justiça*!!! (e-STJ fl. 524.)

A decisão rescindenda, em tal contexto, ao prover o recurso especial, apenas afastou a nulidade do processo desde a intimação realizada na segunda fase da ação de prestação de contas e, como mera consequência processual imediata, "restaurou" também a sentença, anteriormente anulada pelo TJPR no acórdão da apelação. Portanto, não enfrentou o mérito nem poderia tê-lo feito por falta de prequestionamento. A propósito, essa circunstância é tão evidente que o próprio autor desta rescisória a reconhece assim:

> [...] a impugnação deduzida no Recurso Especial do Réu *limitou-se* à questão da nulidade da citação/intimação do Banco. Assim, seu julgamento, por essa Corte, somente poderia *substituir* o v. Acórdão recorrido, no que tange a essa preliminar. *Quanto ao restante,* ***não houve decisão****!* (e-STJ fl. 18 – grifei.)

Aspecto jurídico interessante invocado na inicial da rescisória diz respeito à suposta ofensa ao art. 512 do CPC/1973, com o seguinte teor:

> Art. 512. O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida *no que tiver sido objeto de recurso*. (Grifei.)

No caso, a decisão rescindenda exclusivamente substituiu o acórdão da apelação, tendo em vista que, em ambos os julgados – e também na petição de

recurso especial –, foi enfrentada a questão da validade/nulidade de intimação anterior e de todos os atos processuais, inclusive decisórios, praticados a partir daí. Considerando que não decidiram o mérito da causa originária, a sentença não foi substituída por nenhum dos dois julgados. Nesse sentido:

> Recurso especial. Artigo 512 do CPC. *Error in judicando*. Pedido de reforma da decisão. Efeito substitutivo dos recursos. Aplicação. *Error in procedendo*. Anulação do julgado. Inaplicabilidade do efeito substitutivo. Necessidade de prolação de nova decisão.
>
> 1. O efeito substitutivo previsto no artigo 512 do CPC implica a prevalência da decisão proferida pelo órgão superior ao julgar recurso interposto contra o decisório da instância inferior. Somente um julgamento pode prevalecer no processo, e, por isso, o proferido pelo órgão *ad quem* sobrepuja-se, substituindo a decisão recorrida nos limites da impugnação.
>
> 2. Para que haja a substituição, é necessário que o recurso esteja fundado em *error in judicand*o e tenha sido conhecido e julgado no mérito. Caso a decisão recorrida tenha apreciado de forma equivocada os fatos ou tenha realizado interpretação jurídica errada sobre a questão discutida, é necessária a sua reforma, havendo a substituição do julgado recorrido pela decisão do recurso.
>
> 3. Não se aplica o efeito substitutivo quando o recurso funda-se em *error in procedendo*, com vício na atividade judicante e desrespeito às regras processuais, pois, nesse caso, o julgado recorrido é anulado para que outro seja proferido na instância de origem. Em casos assim, a instância recursal não substitui, mas desconstitui a decisão acoimada de vício.
>
> 4. Recurso especial conhecido em parte e desprovido. (REsp n. 963.220/BA, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe 15/4/2011.)

Com isso, a "restauração" da sentença se deu, exclusivamente, sob o enfoque processual e como simples corolário lógico do reconhecimento da validade do processo.

Portanto, a decisão rescindenda não enfrentou o mérito da causa, o que, por si, impede o cabimento da ação rescisória, na linha dos seguintes precedentes do STJ:

> Processual Civil. Ação rescisória. Ausência de indicação precisa dos dispositivos legais violados pela decisão rescindenda. Erro de fato no julgamento não individualizado. Inépcia da petição inicial. Decisão rescindenda que indeferiu liminarmente mandado de segurança por ilegitimidade passiva e por impossibilidade de instrução. Ausência de exame do mérito da controvérsia. Inadequação da ação rescisória. Ação rescisória não provida.

[...]

3. Ademais, a decisão monocrática do Min. Benedito Gonçalves indeferiu liminarmente a petição de Mandado de Segurança tanto pela impossibilidade de atividade instrutória quanto pela ilegitimidade da autoridade coatora. Em outras, palavras, a decisão rescindenda não realizou nenhum exame do mérito da demanda apresentada no mandado de segurança. Logo, a presente ação rescisória deve ser considerada inadmissível. Nesse sentido: AgInt na AR 5.774/PB, Rel. Ministra *Regina Helena Costa*, *Primeira Seção*, julgado em 22/03/2017, DJe 27/03/2017; AgInt na AR 5.613/RJ, Rel. Ministro *Raul Araújo*, *Segunda Seção*, julgado em 23/08/2017, DJe 15/09/2017; AR 4.210/SP, Rel. Ministro *Sebastião Reis Júnior*, *Terceira Seção*, julgado em 10/10/2012, DJe 14/05/2013.

4. Ação rescisória improcedente. (AR n. 6.008/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 12/11/2018.)

Agravo interno na ação rescisória. Ausência de exame mérito pelo Superior Tribunal de Justiça. Incabimento. Precedentes.

1. Na esteira da jurisprudência aplicável ao caso, é incabível ação rescisória contra julgado que não decide o mérito da ação. Precedentes:

2. Agravo interno desprovido. (AgInt na AR n. 5.934/CE, Rel. Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, DJe 1º/10/2018.)

Processual Civil. Agravo interno na ação rescisória. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Art. 485 do Código de Processo Civil de 1973. Necessidade de enfrentamento do mérito da demanda. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada.

[...]

II – A teor do disposto no art. 485 do Código de Processo Civil, somente é passível de ação rescisória o julgado que enfrentou matérias de mérito. Precedentes da Corte Especial e da Primeira Seção desta Corte.

III – Não cabimento de ação rescisória para desconstituir decisão que negou seguimento a recurso especial por ausência de preparo.

[...]

V – Agravo Interno improvido. (AgInt na AR n. 5.774/PB, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, DJe 27/3/2017.)

Processual Civil. Ação rescisória. Violação literal de disposição de lei. Artigo 485, V, do CPC/1973. Acórdão rescindendo que não examinou o mérito da demanda. Incompetência do STJ. Precedentes. Processo extinto sem resolução de mérito. Agravo regimental não provido.

[...]

2. Verifica-se que o v. acórdão rescindendo apreciou apenas o cabimento dos Embargos Infringentes, e não julgou o mérito.

3. Dispõe a ementa do *decisum* rescindendo: o "*artigo 530 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n. 10.352/2001, não autoriza a oposição dos embargos infringentes na hipótese em que o acórdão recorrido não aprecia o mérito da causa*" (fl. 566), portanto, não houve julgamento de mérito pelo STJ.

4. A "*sentença de mérito' a que se refere o art. 485 do CPC, sujeita a ação rescisória, é toda a decisão judicial (= sentença em sentido estrito, acórdão ou decisão interlocutória) que faça juízo sobre a existência ou a inexistência ou o modo de ser da relação de direito material objeto da demanda*" (REsp n. 784.799/PR, publicado em 2.2.2010, Primeira Turma, Ministro Teori Albino Zavascki). (grifo acrescentado).

5. No mais, esclareça-se que o STJ firmou o entendimento de que a Ação Rescisória tem como finalidade a desconstituição de decisão de mérito.

[...]

8. Agravo Regimental não provido. (AgRg na AR n. 4.799/AL, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 8/11/2016.)

Processual Civil. Ação rescisória ajuizada contra acórdão que não decide o mérito da causa. Não cabimento. Acórdão rescindendo em conformidade com a jurisprudência do STJ já firmada à época. Incidência da Súmula 343 do STF.

1. Não é cabível ação rescisória dirigida contra decisão que não adentra o mérito da causa. Precedentes.

2. Na hipótese vertente, o acórdão impugnado, que deu provimento ao recurso especial da parte adversa, não sindicou sobre o mérito da ação, limitando-se a decidir acerca de questão processual concernente ao cabimento dos embargos infringentes.

[...]

4. Ação rescisória não conhecida. (AR n. 4.823/AL, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Terceira Seção, DJe 9/12/2015.)

Agravo regimental na ação rescisória. Acórdão rescindendo que examina valor fixado a título de *astreintes*. Sentença de mérito. Ausência.

1. É cabível ação rescisória contra sentença de mérito, transitada em julgado, nos termos do art. 485, *caput*, do Código de Processo Civil.

2. Hipótese em que a discussão sobre o valor fixado a título de multa diária (*astreintes*), no acórdão rescindendo, proferido em agravo de instrumento, surgiu no bojo de uma questão incidental. Não se trata de consectário da sentença de mérito, de modo que não há como falar na existência de coisa julgada, hábil a ser rescindida.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg na AR n. 5.180/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, DJe 15/4/2015.)

> Processual Civil. Agravo regimental na ação rescisória. Recurso especial provido monocraticamente. Deserção da apelação afastada. Decadência. Enunciado n. 401 da Súmula do STJ. Ausência de decisão sobre o mérito da causa.
>
> 1. A decisão rescindenda cuidou apenas da validade do preparo do recurso da apelação, afastando a deserção. Revela-se incabível, portanto, a presente ação rescisória, própria para enfrentar julgado que analisa o mérito da demanda. Precedentes.
>
> [...]
>
> 3. Agravo regimental improvido. (AgRg na AR n. 4.939/AL, de minha relatoria, Segunda Seção, DJe 17/6/2014.)

> Agravo regimental na ação rescisória. Decisão rescindenda. Deserção de recurso especial. Inexistência de decisão de mérito. Inadmissibilidade da ação rescisória. Indeferimento da inicial.
>
> 1. Não se sujeita o acórdão que mantém a decisão que julgara deserto o recurso especial à excepcional forma impugnativa da coisa julgada representada na ação rescisória.
>
> 2. Manifesta a inexistência de apreciação do mérito da demanda, refugindo-se, por completo, do quanto disposto no "caput" do art. 485 do CPC.
>
> 3. A competência desta Corte Superior para o processo e julgamento de ação rescisória restringe-se às decisões de seus órgãos fracionários que examinem o mérito da causa, o que não se confunde com aquela que declara deserto o recurso.
>
> 4. Indeferimento da petição inicial mantido.
>
> 5. *Agravo regimental desprovido*. (AgRg na AR n. 5.012/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, DJe 1º/10/2012.)

Ademais, os artigos apontados como ofendidos, vinculados a supostos vícios na decisão rescindenda, não amparam a pretensão autoral.

A primeira ilegalidade indicada estaria na restauração imediata da sentença, sem observar a necessidade de retorno dos autos ao Tribunal de origem para prosseguir com o exame das demais questões alegadas na apelação. Ocorre que os arts. 560 e 561 do CPC/1973 não disciplinam esse tema, dispondo apenas que:

> Art. 560. Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela.
>
> Parágrafo único. Versando a preliminar sobre nulidade suprível, o tribunal, havendo necessidade, converterá o julgamento em diligência, ordenando a remessa dos autos ao juiz, a fim de ser sanado o vício.

> Art. 561. Rejeitada a preliminar, ou se com ela for compatível a apreciação do mérito, seguir-se-ão a discussão e julgamento da matéria principal, pronunciando-se sobre esta os juízes vencidos na preliminar.

Tais dispositivos, inseridos no "Capítulo VII – *Da Ordem dos Processo no Tribunal*" do CPC/1973, conforme se pode verificar, regulam o procedimento e a ordem de julgamento das questões jurídicas invocadas pelas partes, a ser adotada durante as sessões de julgamento no mesmo Tribunal. A discussão aqui é outra. É saber se, no caso concreto, poderia a decisão rescindenda, ao afastar a nulidade, "restaurar", de plano, a decisão de primeiro grau.

Quanto aos arts. 5º, XXXV, e 93, IX, da CF, eles possuem normas constitucionais meramente principiológicas, cuja ofensa, no presente caso, dependeria do prévio exame da ordem dos atos processuais praticados e de peças processuais produzidas no curso da demanda, o que afasta eventual contrariedade direta e à literalidade de tais normativos, o que também obsta o cabimento da rescisória.

As referidas normas, sem dúvida, poderiam eventualmente ser interpretadas em conjunto para, em razões recursais, compor a formulação de determinada tese, mas não para amparar pedido rescisório, tendo em vista que são discutidas, nestes autos, questões jurídicas não esgotadas em sua letra.

Não há, portanto, como afirmar que tais dispositivos foram violados literal e diretamente na decisão rescindenda.

Acerca da violação dos arts. 128 e 460 do CPC/1973, o autor assevera que a decisão rescindenda "acabou concedendo ao Recorrente, ora Réu, mais do que teria direito, com o provimento de seu Recurso Especial. Como já frisado, rigorosamente, o reconhecimento das ilegalidades apontadas no Recurso Especial jamais poderiam ter levado ao restabelecimento da r. Sentença. No máximo, levariam ao afastamento da preliminar de nulidade e o retorno dos autos ao Tribunal local, para continuação do julgamento do apelo" (e-STJ fl. 19). Os mencionados artigos, no entanto, apenas vedam o julgamento *ultra* ou *extra petita*, matéria não inserida no suposto vício processual descrito pelo autor.

Se isso não bastasse, o réu, em sua petição de recurso especial, expressamente requereu a manutenção da "sentença singular, em observância ao princípio da instrumentalidade das formas" (e-STJ fl. 524), o que descaracteriza ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC/1973 e julgamento *ultra* ou *extra petita*.

Igualmente não está caracterizado erro de fato, disciplinado no art. 485, IX, § 1º, do CPC/1973. Isso porque a decisão rescindenda não admitiu a presença

de "um fato inexistente" nem considerou "inexistente um fato efetivamente ocorrido". Apenas restabeleceu a validade do processo e, consequentemente, da sentença ao afastar a nulidade invocada pelo então recorrido, autor nesta demanda rescisória.

Quanto aos vícios apontados na sentença "restaurada" em decorrência do afastamento da nulidade processual, caberia ao autor propor ação rescisória no Tribunal de Justiça competente para rescindi-la, sobretudo pelo fato de que a decisão rescindenda não enfrentou o mérito da causa e, conforme destacado antes, não a substituiu na forma do art. 512 do CPC/1973.

Quanto aos honorários advocatícios a serem arbitrados neste processo, observo que inexiste condenação, que não há proveito econômico aferível e que o valor da causa é muito baixo, devendo-se aplicar o art. 85, § 8º, do CPC/2015.

Ante o exposto, sendo incabível a ação rescisória, *julgo extinto* o processo sem apreciação do mérito, revogo a tutela antecipada de fls. 744/746 (e-STJ) e julgo prejudicado o agravo regimental de fls. 785/817 (e-STJ).

Custas e honorários advocatícios, que arbitro em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos termos do art. 85, § 8º, do CPC/2015, pelo autor.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: *1.* Cuida-se de ação rescisória ajuizada pelo Banco Banestado S.A. com o objetivo de rescindir decisão (fls. 577-582) que deu provimento ao REsp 907.622/PR para restabelecer sentença prolatada pelo juízo de primeiro grau.

Originariamente, trata-se de ação de prestação de contas, cuja primeira fase se encerrou com a procedência do pedido. Transcorrido o prazo legal, a requerimento do credor, em 11/12/2002, houve intimação do Banco Itaú S.A., na condição de sucessor do Banestado, para que apresentasse as contas.

Em 17/2/2003, o *Banestado* compareceu espontaneamente aos autos, requerendo prazo de 30 dias para a prestação de contas, não formulando nenhuma alegação de nulidade da intimação.

Não se tendo manifestado o Banco Itaú S.A., embora houvesse sido regularmente intimado para a prática do ato, o juiz declarou boas as contas apresentadas pelo autor, por sentença prolatada em 28/6/2004.

Na fase satisfativa, houve execução forçada, com valores, em agosto de 2010, na casa dos R$ 3.311,331, 68 (três milhões, trezentos e onze mil, trezentos e trinta e um reais e sessenta e oito centavos) - fls. 4 e 914.

O *Banestado* apelou, tendo o acórdão (fl. 405) dado provimento ao recurso, reconhecendo a nulidade processual, em razão da ausência de intimação da entidade financeira que constava originariamente no polo passivo da demanda, entendendo não caracterizada a sucessão.

A parte autora, então, interpôs Recurso Especial, sustentando que o comparecimento espontâneo do *Banestado* supria a falta de intimação pessoal para a segunda fase da ação de prestação de contas.

A decisão rescindenda deu provimento ao Recurso Especial, acolhendo os argumentos da autora, reputando despicienda a intimação pessoal do *Banestado*, restaurando a sentença de primeiro grau.

Colaciono os seguintes trechos que parecem os mais relevantes para o desenlace da questão:

> Há que se concluir, portanto, que se houve irregularidade na intimação da parte, uma vez que intimada pessoa estranha à lide, mesmo com a penhora feita em patrimônio do Banco Itaú, este não veio aos autos alegar qualquer irregularidade. Conclui-se, ainda, que o recorrido tinha ciência do ato processual, e compareceu ao processo para pedir prazo para a prestação de contas, ato que nunca praticou. Sendo assim, há que se concluir, por fim, que se vício houve, encontra-se o mesmo sanado pelos motivos acima expostos.

Ao propor a rescisória, o *Banestado* alega violação literal dos arts. 560 e 561 do CPC/1973 e dos arts. 5º, XXXV, e 93, IV, da CR, sustentando que a decisão rescindenda não poderia ter restaurado a sentença de primeiro grau, considerando a existência de outras questões suscitadas na Apelação, tanto quanto à outra preliminar – de vício de fundamentação –, quanto ao próprio mérito da sentença.

Consta da inicial:

> O Tribunal de Justiça do Paraná, ao acolher a *preliminar de nulidade de citação/intimação* no julgamento da Apelação, não prosseguiu – porque isso seria desnecessário, a teor do art. 560 do CPC – na atividade cognitiva atinente aos demais fundamentos do apelo. Contudo, ao prover o Recurso Especial manejado pela parte contrária, afastado a *preliminar* de nulidade de citação/intimação reconhecida pelo v. Acórdão recorrido, cumpria ao Exmo. Relator agir de acordo com o disposto no art. 561 do CPC, determinando o retorno

> dos autos o Tribunal local para continuação do julgamento do apelo, com a apreciação das teses recursais não decididas naquela instância. Na verdade, o equívoco cometido pelo Exmo. Ministro Relator é tão evidente que pode, até mesmo, ser qualificado como erro de fato. Tivesse notado que a Apelação do Banco tinha vários capítulos, e que o Tribunal local encerrou o julgamento pelo acolhimento da primeira preliminar apontada, certamente, teria determinado a baixa dos autos para análise das demais questões, e não restaurado a r. Sentença. Na prática, esse *error in procedendo* da r. Decisão impugnada permitiu que, logo após sua prolação, os autos baixassem ao Juízo a quo, e o ora Réu passasse a executar a r. Sentença "restaurada", *sem que o mérito da apelação manejada pelo banco tivesse sido julgado*! No bojo dessa execução, evidentemente equivocada, o Banco Banestado sofreu, no último dia 29 de setembro, penhora online no valor de R$ 3.311.331,88 (três milhões, trezentos onze mil, trezentos e trinta e um reais e oitenta e oito centavos). Como, recentemente, a impugnação apresentada pelo Banco foi julgada improcedente, o ora Réu está na iminência de obter autorização para levantamento dessa quantia. (e-STJ fls. 3/4.)".
>
> [...]"c) no que se refere ao juízo rescindente, pede-se, inicialmente, que seja rescindida a parte final da r. Decisão proferida no Recurso Especial n. 907.622, que determinou, como consequência do provimento do recurso, o restabelecimento da r. Sentença de primeiro grau; d) em seguida, no que se refere ao juízo rescindendo, requer-se seja proferido novo julgamento, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal local para continuação do julgamento do apelo; e) não sendo esse o entendimento, requer-se, sucessivamente, seja a r. Decisão rescindida, e em seu lugar seja proferido outra, reconhecendo que a r. Sentença de 1º grau (i) é *nula*, por vício de fundamentação; ou (ii) merece ser *reformada*, pois as contas prestadas pelo ora Réu não são boas. Ao invés delas, espera-se seja determinado que, no juízo a quo, sejam refeitas as contas, a partir da aplicação de juros à taxa de 0,5% ao mês (até a entrada em vigor do Novo Código Civil) e, após 11/01/2003, fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional – que, no entendimento majoritário da jurisprudência, representa a taxa de 1% ao mês, prevista no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, *sem capitalização*" (e-STJ fls. 38/39.).

A eminente Relatora deferiu tutela provisória para suspender o cumprimento da sentença de primeiro grau, tendo sido interposto agravo interno.

O credor apresentou contestação à ação rescisória, reiterando o pedido de revogação da tutela provisória, de extinção do processo sem exame do mérito ou a improcedência do pedido, com as condenações de estilo (e-STJ, fls. 820-842).

O Ministério Público Federal opinou pela improcedência da ação rescisória (fls. 888-893 e 895).

Na sessão realizada em 09/6/2021, a douta Relatora, Ministra Isabel Gallotti, prolatou denso voto, por meio do qual julgou procedente o pedido para rescindir em parte a decisão, determinando a devolução dos autos ao Tribunal de origem para a complementação do julgamento do recurso, acolhendo o principal argumento levantado pela autora.

A Relatora foi acompanhada naquela ocasião pelos Ministros Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro.

Ao prolatar o voto-revisão, o eminente Ministro Antonio Carlos Ferreira apresentou não menos aprofundado voto, entendendo, contudo, que a ação rescisória deveria ser extinta sem julgamento do mérito, uma vez que a decisão rescindenda, prolatada pelo Ministro Sidnei Beneti, não teria enfrentado o mérito da demanda originária, tampouco substituído a sentença, nos termos do art. 512 do CPC/1973.

Sua excelência, portanto, abriu divergência, compreendendo que a rescisória não ultrapassa seu juízo de admissibilidade, citando precedentes.

Acompanhou Sua Excelência a Ministra Nancy Andrighi.

Pedi vista dos autos para melhor análise do caso.

2. Senhor Presidente, Eminentes Pares, renovando os predicados já lançados sobre os votos proferidos, o interessante caso apresenta tema bastante relevante, parecendo importante destacar alguns pontos, notadamente quanto à definição do juízo de admissibilidade da ação rescisória – particularmente, o conceito de mérito para essa finalidade -, assim como no que diz respeito às consequências da decisão.

Em outras palavras, a principal questão controvertida é saber se a decisão que, em recurso especial, na extensão delineada pelo efeito devolutivo, aprecia e acolhe alegação de nulidade do acórdão, por vício processual, e restaura a sentença de primeiro grau, se essa decisão tem conteúdo de mérito para os fins do manejo da ação rescisória.

Cabe desvelar, portanto, se o *mérito* previsto na norma como requisito para o cabimento da rescisória diz respeito ao conflito de interesses originário ou à própria decisão rescindenda.

A douta Relatora cuidou do juízo de admissibilidade da rescisória juntamente com o mérito, conhecendo do pedido e julgando-o procedente.

O Ilustre Revisor, por sua vez, assentou que "a decisão rescindenda, do eminente Ministro *Sidnei Beneti*, não enfrentou o mérito da demanda originária

nem substituiu a sentença na forma do art. 512 do CPC/1973". Aduziu que "a decisão rescindenda, em tal contexto, ao prover o recurso especial, apenas afastou a nulidade do processo desde a intimação realizada na segunda fase da ação de prestação de contas e, como mera consequência processual imediata, 'restaurou' também a sentença, anteriormente anulada pelo TJPR no acórdão da apelação".

3. Com efeito, ao dispor o texto legal revogado que o cabimento da ação rescisória tem por objeto a *sentença de mérito* (art. 485 do CPC/1973), as consequências advindas da interpretação literal do preceito normativo somente se mostram adequadas quando restritas à sentença de primeiro grau como decisão rescindenda.

Ao passo que, no caso ora em exame, a decisão que se pretende rescindir é aquela proferida em recurso especial, por isso, segundo penso, o conceito de mérito deve, necessariamente, passar por uma adequação à hipótese.

O que se pretende afirmar é que o mérito do recurso pode – ou não – coincidir com o mérito da causa originária.

Nesses termos, uma questão atinente ao juízo de admissibilidade da causa pode, perfeitamente, revelar-se mérito do recurso.

Colaciono as sempre certeiras lições do saudoso mestre Barbosa Moreira:

> Lê-se com certa frequência, em minutas de julgamento e em acórdãos concernentes a recursos, que o órgão julgador, 'preliminarmente', rejeitou a arguição de ilegitimidade *ad causam*, ou a de prescrição, e assim por diante. Tal modo de falar deve ser evitado como equívoco: há confusão entre preliminar do recurso e preliminar da causa. A questão da ilegitimidade ou a da prescrição pode constituir o próprio objeto da impugnação do recorrente, de modo que, depois de decidi-la, o órgão julgador nada mais teria que apreciar. O recurso, insista-se, terá sido julgado no mérito. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11ª ed., v. 5, p. 680.)

No caso concreto, a impugnação deduzida no recurso especial – cuja decisão se quer rescindir – limitou-se à questão da nulidade da intimação do *Banestado*. Esse é o mérito do recurso, analisado em sua inteireza pelo Ministro Sidnei Beneti.

A recorrente do Especial – ora ré – trouxe como fundamento o comparecimento espontâneo do *Banestado*, por meio de petição, na qual pediu prazo para a prestação de contas.

Esse fato, na visão da recorrente, teria o condão de suprir a necessidade de intimação pessoal para a segunda fase da ação de prestação de contas. Apontou,

além da divergência jurisprudencial, violação dos arts. 154, 214, § 1º, 244 e 249, § 1º, do CPC.

Essa é a pretensão recursal deduzida no Superior Tribunal de Justiça, ou seja, o mérito do recurso especial.

Extrai-se do voto do relator:

> Há que se concluir, portanto, que se houve irregularidade na intimação da parte, uma vez que intimada pessoa estranha à lide, mesmo com a penhora feita em patrimônio do Banco Itaú, este não veio aos autos alegar qualquer irregularidade. Conclui-se, ainda, que o recorrido tinha ciência do ato processual, e compareceu ao processo para pedir prazo para a prestação de contas, ato que nunca praticou. Sendo assim, há que se concluir, por fim, que se vício houve, encontra-se o mesmo sanado pelos motivos acima expostos. 10.- Quanto ao fundamento do Tribunal para anular o ato, de que necessária a intimação pessoal do réu na segunda fase do processo de prestação de contas, esta Corte, no julgamento do REsp 658.960/SP, Rel. Ministro *Cesar Asfor Rocha*, a Quarta Turma concluiu ser desnecessária a intimação pessoal(...). Pelo exposto, *julga-se procedente o Recurso Especial*, para restaurar a decisão monocrática.

Eis a decisão de mérito, objeto da pretensão rescisória veiculada pela parte autora, tendo o Superior Tribunal de Justiça adentrado o tema de fundo da questão federal controvertida no recurso especial.

Nesse sentido:

> Agravo interno no recurso especial. Ação rescisória. Última decisão de mérito proferida nos autos originários. Incompetência absoluta do Tribunal de Justiça Estadual. Competência do STJ. Cabimento da reautuação dos autos à luz do novo CPC. *1. Quando o STJ adentra o mérito da questão federal controvertida no recurso especial, opera-se o efeito substitutivo previsto no artigo 512 do CPC de 1973 (artigo 1.008 do NCPC), o que atrai a competência para apreciação da ação rescisória. Hipótese em que, consoante assente em julgamento proferido pela Segunda Seção, foi reconhecida a natureza meritória da última decisão proferida pelo STJ nos autos originários. Na ocasião, o referido órgão julgador considerou que a circunstância de o recurso especial não ter sido conhecido não descaracteriza sua natureza de decisão de mérito, uma vez detidamente examinada a controvérsia e indeferida a pretensão da recorrente*. 2. Constatada a incompetência absoluta do tribunal perante o qual a rescisória foi ajuizada (pois indicada como rescindível decisão de mérito que fora substituída por outra de tribunal superior), deve o relator determinar a emenda da inicial para adequação do objeto da ação e a posterior remessa dos autos ao juízo competente para apreciação da demanda. 3. Agravo interno não provido. (AgInt nos EDcl no REsp 1.611.431/MT, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 1º/12/2017.)

Não desconheço que a jurisprudência do STJ é rigorosa quanto aos requisitos de admissibilidade da ação rescisória, principalmente quanto à necessidade de enfrentamento da questão de mérito, conforme os precedentes colacionados pelo douto Revisor.

Excelente que assim o seja, pelo bem da segurança jurídica.

No entanto, penso que o mérito que precisa ser delineado para o fim do cabimento da ação rescisória – nas hipóteses em que a decisão rescindenda é um julgado do próprio Superior Tribunal de Justiça – é o enfrentamento da questão federal controvertida no recurso especial.

Essa circunstância, a meu sentir, restou demonstrada no caso concreto.

4. Ademais, na hipótese dos autos, tenho também que o conhecimento do mérito do recurso – o provimento do recurso especial pelo relator originário - concomitantemente enfrentou o mérito da causa.

Com efeito, sem avançar nesse momento para eventual correção do que fora decidido – que é o mérito da própria ação rescisória –, o fato é que se conheceu do recurso especial e a ele deu-se provimento, "restaurando" a decisão de primeiro grau, qual seja, a sentença prolatada na primeira fase da ação de prestação de contas.

A decisão prolatada nesta instância especial substituiu a sentença e é a que passou a ter eficácia, sendo o objeto da ação rescisória. Tendo transitado em julgado essa decisão, operou-se a coisa julgada material em relação ao dever de prestar contas, cabendo, portanto, ação rescisória.

Nesse sentido, a doutrina:

> Ainda que a decisão recursal negue provimento ao recurso, ou, na linguagem inexata, mas corrente, 'confirme' a decisão recorrida, existe o efeito substitutivo, de sorte que o que passa a valer e ter eficácia é a decisão substitutiva e não a decisão 'confirmada'. Com muito maior razão a substitutividade se dá quando a decisão recursal dá provimento ao recurso. (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, 18ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, art. 1.008, nota 3, p. 2.180.)

Nesse particular, vale sublinhar que a ação originária é de prestação de contas, procedimento especial, escalonado, cuja primeira fase diz respeito exclusivamente à análise da existência do direito de prestar/exigir contas. Na segunda fase, como se sabe, avalia-se a correção ou não das contas prestadas.

Contudo - esse ponto é relevante -, em ambos os momentos, existe a análise do mérito.

Cuida-se de pronunciamento sobre o mérito e, por via de consequência, formação progressiva da coisa julgada material.

Embora o CPC de 2015 tenha apontado que a primeira fase será encerrada por meio de "decisão", o que importa não é a forma do pronunciamento judicial. Cuida-se de decisão de mérito, conforme entendimento solidificado no STJ:

> O ato judicial que encerra a primeira fase da ação de exigir contas possuirá, a depender de seu conteúdo, diferentes naturezas jurídicas: se julgada procedente a primeira fase da ação de exigir contas, o ato judicial será decisão interlocutória com conteúdo de decisão parcial de mérito, impugnável por agravo de instrumento; se julgada improcedente a primeira fase da ação de exigir contas ou se extinto o processo sem a resolução de seu mérito, o ato judicial será sentença, impugnável por apelação", todavia, "Havendo dúvida objetiva acerca do cabimento do agravo de instrumento ou da apelação, consubstanciada em sólida divergência doutrinária e em reiterado dissídio jurisprudencial no âmbito do 2° grau de jurisdição, deve ser afastada a existência de erro grosseiro, a fim de que se aplique o princípio da fungibilidade recursal. (REsp 1.746.337/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 9.4.2019, DJe de 12.4.2019.)

Sem embargo, no regime processual anterior – CPC de 1973 –, aplicável ao caso em análise, não havia dúvida de que o ato judicial que encerrava a primeira fase era uma sentença – de mérito –, uma vez que certificava relação jurídica de natureza obrigacional, condenando o réu – quando procedente – a prestar as contas.

Dispunha o CPC de 1973:

> Art. 915. Aquele que pretender exigir a prestação de contas requererá a citação do réu para, no prazo de 5 (cinco) dias, as apresentar ou contestar a ação.
>
> § 1º - Prestadas as contas, terá o autor 5 (cinco) dias para dizer sobre elas; havendo necessidade de produzir provas, o juiz designará audiência de instrução e julgamento; em caso contrário, proferirá desde logo a sentença.
>
> § 2º - Se o réu não contestar a ação ou não negar a obrigação de prestar contas, observar-se-á o disposto no art. 330; *a sentença, que julgar procedente a ação, condenará o réu a prestar as contas no prazo de 48 (quarenta e oito) horas*, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar.

Também nesse sentido, a doutrina:

> No regime do Código de Processo Civil de 1973, a ação para exigir contas constituía importante exceção à regra geral de que os processos continham uma só sentença. Perante aquela ordem, o ato judicial que encerrava a primeira fase (da etapa de conhecimento, com o exame apenas parcial do mérito do pedido) do procedimento era qualificada como *sentença*, embora ela não encerrasse todo o momento cognitivo do processo e, portanto, não pusesse fim nem ao processo, nem à fase de conhecimento do processo. A exceção tinha por essência razões históricas, sedimentadas em doutrina. Não se questionava – até porque o Código veementemente e expressamente denominava esse ato como 'sentença' – que o ato judicial que encerrava a primeira fase do procedimento da prestação de contas devesse ser assim tratado (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*, vol. 3. Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P. 157. Também nesse sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao CPC, t. XIII, p. 127*; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao CPC*. SILVA; Ovídio Baptista da. *Comentários ao CPC*. São Paulo: Ed. RT, 2000.)

Dessa forma, ao prover o recurso especial que atacava a apelação, "restaurando" a sentença da primeira fase da ação de prestação de contas, esgotou-se a jurisdição quanto ao ponto, operando-se o trânsito em julgado, sendo cabível a ação rescisória.

Assim já se manifestou a Segunda Seção, no julgamento do AgRg na AR 4.459/DF, Relatora para acórdão Ministra Isabel Gallotti. No julgado referido, embora eu mesmo tenha ficado vencido quanto ao cabimento do agravo – mas por outro fundamento -, *assentou o Colegiado que, quando a decisão rescindenda simplesmente restabelece a sentença, o tema de fundo é enfrentado pela decisão, havendo manifestação de mérito*. Confira-se:

> Processual Civil. Agravo regimental na ação rescisória. Decisão rescindenda do STJ que restabeleceu a sentença inclusive quanto aos honorários advocatícios. Prequestionamento inexigível em ação rescisória. *1. A questão referente à verba honorária foi enfrentada pela decisão rescindenda, ainda que esta tenha meramente restabelecido a sentença quanto àquele tópico, sem aprofundar-se na fundamentação pertinente aos critérios legais de fixação de honorários*. 4. Agravo regimental a que se dá provimento, para que prossiga a tramitação da ação rescisória. (AgRg na AR 4.459/DF, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Relator para Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 14/10/2015, DJe 1º/2/2016).

Entendo, portanto, na linha do escorreito voto da douta Relatora, renovando vênia aos entendimentos em contrário, que o caso é de cabimento

da ação rescisória, tendo a decisão rescindenda enfrentado o mérito – havendo formação de coisa julgada material sobre o dever de prestar contas.

5. Quanto ao mérito da ação rescisória, pouco tenho a acrescentar ao voto de Sua Excelência, a Ilustre Relatora, já acompanhado pelos Ministros Marco Buzzi, Marco Bellizze e Moura Ribeiro.

Ao conhecer do recurso especial e provê-lo, penso, com a devida vênia, que o então relator deveria ter remetido os autos ao Tribunal para – em cumprimento ao disposto no art. 561 do CPC de 1973 – prosseguir na discussão e julgamento das demais preliminares e da matéria principal.

Não o fez, restando perfeitamente caracterizada a violação literal da lei federal.

Como bem pontuou a Relatora, "ao STJ é vedado ingressar em temas não tratados no acórdão estadual".

Os temas referentes à preliminar de nulidade da sentença por vício de fundamentação e às questões meritórias atinentes aos valores homologados pelo juízo de primeiro grau não estão maduros para julgamento nesta Instância Superior.

Não houve manifestação sobre essas questões, seja no juízo da apelação, seja no STJ quando do enfrentamento do recurso nobre.

Entendo, portanto, literalmente violado o art. 561 do CPC de 1973, devendo ser emitido pronunciamento judicial sobre as demais questões ventiladas na apelação.

6. Ante o exposto, renovando as vênias devidas, acompanho integralmente a eminente Relatora e voto no sentido de admitir e julgar procedente a ação rescisória, tornando definitiva a tutela provisória e desconstituindo, em parte, a decisão rescindenda, determinando a remessa dos autos ao TJPR para prosseguir no julgamento. Outrossim, ônus sucumbenciais como sugerido pela Relatora.

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 181.190-AC (2021/0221593-7)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Suscitante: Concrenorte Industria de Artefatos de Concreto Eireli - Em - Em Recuperação Judicial
Advogados: Thales Rocha Bordignon - AC002160
Vanessa Fantin Mazoca de Almeida Prado - SP214894
Marcelo Feitosa Zamora - AC004711
Suscitado: Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Rio Branco - AC
Suscitado: Juízo Federal da 3ª Vara Cível e Criminal do Acre - SJ/AC
Interes.: Fazenda Nacional

EMENTA

Conflito de competência. Execução fiscal ajuizada pela Fazenda Nacional contra empresa em recuperação judicial. Rejeição da exceção de pré-executividade, com o prosseguimento da execução, a autorizar a constrição judicial dos bens da recuperanda. A caracterização de conflito de competência perante esta Corte de Justiça pressupõe a materialização da oposição concreta do Juízo da Execução Fiscal à efetiva deliberação do Juízo da Recuperação Judicial a respeito do ato constritivo. Circunstância não verificada. Conflito de competência não conhecido.

1. O dissenso constante do presente incidente centra-se em saber se o Juízo em que se processa a execução fiscal contra empresa em recuperação judicial, ao rejeitar a exceção de pré-executividade e determinar o prosseguimento do feito executivo, com a realização de atos constritivos sobre o patrimônio da executada –, invade ou não a competência do Juízo da recuperação judicial, segundo dispõe o § 7º-B do art. 6º da Lei de Recuperação e Falência, com redação dada pela Lei n. 14.112/2020.

2. A divergência jurisprudencial então existente entre esta Segunda Seção e as Turmas integrantes da Seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça acabou por se dissipar em razão da edição da Lei n. 14.112/2020, que, a seu modo, delimitou a competência do Juízo em que se processa a execução fiscal (a qual não se suspende pelo deferimento da recuperação judicial) para determinar os atos de constrição judicial sobre os bens da recuperanda; e firmou a competência do Juízo da recuperação judicial para, no exercício

de um juízo de controle, "determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial".

3. Ainda que se possa reputar delimitada, nesses termos, a extensão da competência dos Juízos da execução fiscal e da recuperação judicial a respeito dos atos constritivos determinados no feito executivo fiscal, tem-se, todavia, não se encontrar bem evidenciado, até porque a lei não o explicita, o modo de como estas competências se operacionalizam na prática, de suma relevância à caracterização do conflito positivo de competência perante esta Corte de Justiça.

3.1 É justamente nesse ponto – em relação ao qual já se antevê uma tênue dispersão nas decisões monocráticas e que motivou a submissão da presente questão a este Colegiado – que se reputa necessário um direcionamento seguro por parte do Superior Tribunal de Justiça, para que o conflito de competência perante esta Corte Superior não seja mais utilizado, inadvertidamente, como mero subterfúgio para se sobrestar a execução fiscal (ao arrepio da lei), antes de qualquer deliberação do Juízo da recuperação judicial a respeito da constrição judicial realizada, e, principalmente, antes de uma decisão efetivamente proferida pelo Juízo da execução fiscal que se oponha à deliberação do Juízo da recuperação judicial acerca da constrição judicial.

4. A partir da vigência da Lei n. 14.112/2020, com aplicação aos processos em trâmite (afinal se trata de regra processual que cuida de questão afeta à competência), não se pode mais reputar configurado conflito de competência perante esta Corte de Justiça pelo só fato de o Juízo da recuperação ainda não ter deliberado sobre a constrição judicial determinada no feito executivo fiscal, em razão justamente de não ter a questão sido, até então, a ele submetida.

4.1 A submissão da constrição judicial ao Juízo da recuperação judicial, para que este promova o juízo de controle sobre o ato constritivo, pode ser feita naturalmente, de ofício, pelo Juízo da execução fiscal, em atenção à propugnada cooperação entre os Juízos. O § 7ª-B do art. 6º da Lei n. 11.101/2005 apenas faz remissão ao art. 69 do CPC/2015, cuja redação estipula que a cooperação judicial **prescinde de forma específica**. E, em seu § 2º, inciso IV, estabelece

que "os atos concertados entre os juízos cooperantes **poderão consistir, além de outros,** no estabelecimento de procedimento para a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas".

4.2 Caso o Juízo da execução fiscal assim não proceda, tem-se de todo prematuro falar-se em configuração de conflito de competência perante esta Corte de Justiça, a pretexto, em verdade, de obter o sobrestamento da execução fiscal liminarmente. Não há, por ora, nesse quadro, nenhuma usurpação da competência, a ensejar a caracterização de conflito perante este Superior Tribunal. A inação do Juízo da execução fiscal – como um "não ato" que é – não pode, por si, ser considerada idônea a fustigar a competência do Juízo recuperacional ainda nem sequer exercida.

4.3 Na hipótese de o Juízo da execução fiscal não submeter, de ofício, o ato constritivo ao Juízo da recuperação judicial, deve a recuperanda instar o Juízo da execução fiscal a fazê-lo ou levar diretamente a questão ao Juízo da recuperação judicial, que deverá exercer seu juízo de controle sobre o ato constritivo, se tiver elementos para tanto, valendo-se, de igual modo, se reputar necessário, da cooperação judicial preconizada no art. 69 do CPC/2015.

5. Em resumo, a caracterização de conflito de competência perante esta Corte de Justiça pressupõe a materialização da oposição concreta do Juízo da execução fiscal à efetiva deliberação do Juízo da recuperação judicial a respeito do ato constritivo.

6. Conflito de competência não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do conflito de competência e revogar liminar anteriormente deferida pela Presidência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Nancy Andrighi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 30 de novembro de 2021 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 7.12.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Trata-se de conflito de competência suscitado por Concrenorte Indústria de Artefatos de Concreto Eireli – Em Recuperação Judicial –, apontando como suscitados o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Rio Branco/AC e o Juízo Federal da 3ª Vara Cível e Criminal do Acre – SJ/AC.

Alega a suscitante que, em 29/12/2017, ingressou com pedido de recuperação judicial, tramitando perante a 2ª Vara Cível de Rio Branco/AC, sob o n. 0717143-61.2017.8.01.0001.

Informa que, no dia 08/02/2018, houve o deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial da empresa suscitante; e, no dia 13/08/2019, o plano de recuperação judicial foi devidamente aprovado pela assembleia de credores, encontrando-se em fase de cumprimento, com prazos de carência e os parcelamentos que se estendem por até 12 (doze) anos.

Afirma que "o Juízo da 3ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Estado do Acre, nos autos da Ação de Execução Fiscal ajuizada pela Fazenda Nacional, sem levar em consideração a decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível de Rio Branco/AC, que homologou o plano de recuperação judicial e concedeu à recuperação judicial a empresa Concrenorte Indústria de Artefatos de Concreto-Eireli, rejeitou a exceção de pré-executividade apresentada pela empresa suscitante e determinou a intimação da exequente para promover o prosseguimento da execução [em que se objetiva o pagamento de R$ 693.748,07 – seiscentos e noventa e três mil setecentos e quarenta e oito reais e sete centavos], requerendo o que entender de direito" (e-STJ, fl. 4).

Entende, nesse contexto, estar caracterizado o conflito ora suscitado, devendo prevalecer a competência do Juízo da recuperação judicial para deliberar sobre seu patrimônio, principalmente sobre penhora de valores destinados ao pagamento dos seus credores. Defende, a esse propósito, que, embora "as execuções fiscais não se suspendam em razão de recuperação judicial, são vedados atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação

judicial, devendo passar pelo crivo do juízo universal a prática de qualquer ato de execução voltado contra o patrimônio das empresas em recuperação judicial" (e-STJ, fl. 9).

Anota haver "entendimento pacífico na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça de que compete apenas ao Juízo de Falências e Recuperações Judiciais a prática de atos de execução em face de empresa que enfrenta Recuperação Judicial" (e-STJ, fl. 9).

Postula, ao final (e-STJ, fls. 27-28 - sem grifos no original):

> a) O conhecimento e processamento deste conflito de competência e conceda liminarmente, sem a oitiva da parte contrária, para reconhecer a incompetência do d. Juízo da 3ª Vara Federal Cível e Criminal da Seção Judiciária do Estado do Acre e declarar sem efeitos os atos executórios por ele determinados, suspendendo-se o processo de execução 1000500-07.2020.4.01.3000, até decisão final de mérito;
>
> b) Seja designada a oitiva dos juízos suscitados (3ª Vara Federal Cível e Criminal da Seção Judiciária do Estado do Acre e 2ª Vara Cível da Comarca de Rio Branco/AC), como dispõe o art. 954, do Código de Processo Civil;
>
> c) Seja reconhecida a incompetência absoluta do Juízo da 3ª Vara Federal Cível e Criminal da Seção Judiciária do Estado do Acre, julgando procedente a demanda e determinando que a competência para executar o Plano de Recuperação Judicial e ordenar atos de constrição patrimonial seja da 2ª Vara Cível da Comarca de Rio Branco–AC, submetendo-se o crédito ao Plano de Recuperação Judicial, *estabelecendo, por consequência lógica, a suspensão de qualquer ato executório visando a constrição e alienação patrimonial determinado pelo Juízo Federal*.

A Presidência do Superior Tribunal de Justiça deferiu o pedido liminar "para suspender, até ulterior deliberação do relator, os atos executórios promovidos pelo Juízo Federal da 3ª Vara Cível e Criminal do Acre (SJ/AC), na Execução Fiscal n. 1000500-07.2020.4.01.3000 ajuizada pela Fazenda Nacional" (e-STJ, fl. 592), nos termos da seguinte fundamentação:

> Inicialmente, observa-se que as execuções fiscais não estão sujeitas aos efeitos da recuperação judicial da devedora e, notadamente, às suspensões e restrições determinadas pelo art. 6º, incisos I, II e III, da Lei n. 11.101/2005, com redação dada pela Lei n. 14.112/2020.
>
> *Entretanto, conforme a nova sistemática legal, cabe ao Juízo da recuperação judicial determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, conforme o art. 6º, § 7º-B, da Lei n. 11.101/2005, com redação dada pela Lei n. 14.112/2020*.

> Evidentemente, cabe ao Juízo da recuperação judicial definir a qualidade do bem de capital constrito na execução fiscal como essencial, bem como cabe àquele Juízo determinar a sua substituição por outro ativo da devedora em recuperação judicial, em atividade cooperativa com o Juízo da execução fiscal.
>
> *Assim, até que seja definida a qualidade do bem constrito e implementada a referida cooperação jurisdicional para sua substituição, deve a execução fiscal permanecer suspensa*.
>
> Verifica-se, portanto, a presença do *fumus boni iuris* relativo ao pedido de suspensão da execução fiscal.
>
> O *periculum in mora*, por sua vez, está demonstrado por meio da decisão do Juízo suscitado, *que determinou o prosseguimento da execução movida contra a empresa suscitante (fls. 33-35)*.

O Juízo da 3ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Estado do Acre prestou as informações solicitadas, nestes termos (e-STJ, fls. 598-602):

> Na execução fiscal n. 1000500-07.2020.4.01.3000, em trâmite nesta Vara Federal, a empresa executada apresentou exceção de pré-executvidade, objetivando a suspensão e/ou cancelamento dos atos de constrição contra seu patrimônio, em razão do noticiado deferimento da sua Recuperação Judicial.
>
> A decisão proferida rejeitou o pedido da executada, sob o fundamento de que a Lei de Falências, com a redação dada pela Lei n. 14.112/2020, não proíbe a prática de atos constritivos pelo juízo da execução fiscal, mas permite eventual substituição por parte do juízo universal. Nesses termos:
>
> [...]
>
> Dessa forma, a decisão encontra-se fundamentada em expressa disposição legal. São estas as informações.

O Ministério Publico Federal ofertou parecer pelo conhecimento do conflito, declarando-se a competência do Juízo em que se processa a recuperação judicial da suscitante, sintetizado pela ementa abaixo reproduzida (e-STJ, fl. 641):

> Conflito de competência. Recuperação judicial. Execução fiscal. Art. 6º, § 7º-B, da Lei 11.101/2005. Relativização. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Princípio da preservação da empresa. Competência do Juízo Universal.
>
> 1. O deferimento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal, consoante o § 7º-B do art. 6º da Lei 11.101/2005. Contudo, a competência para exercer o controle sobre os atos de constrição do patrimônio da empresa recuperanda é do juízo universal, tendo em vista o princípio da preservação da empresa e o entendimento consolidado desse Superior Tribunal de Justiça.

2. Parecer pela competência do juízo universal.

Às fls. 648-664 (e-STJ), a Fazenda Nacional noticia que, em 26 de outubro de 2021, sobreveio sentença de encerramento da recuperação judicial, o que evidenciaria, em sua compreensão, a perda superveniente de objeto do presente conflito de competência.

Subsidiariamente, defende a inexistência de conflito de competência, pugnando, assim, pelo não conhecimento do presente incidente, reputando, todavia, "ser importantíssimo que a Segunda Seção julgue um *leading case* acerca do artigo 6º, § 7-B da Lei n. 11.101/05, definindo sua interpretação e alcance.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): Antes, propriamente, de adentrar na questão posta quanto à configuração de conflito de competência entre os Juízos suscitados, relevante sopesar a matéria trazida pela Fazenda Nacional a respeito da prejudicialidade do presente incidente, considerada a prolação de sentença de encerramento da recuperação judicial na data de 26/10/2021.

Em pesquisa sobre o andamento processual da recuperação judicial da suscitante (Processo n. 0717143-61.2017.8.01.0001), no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, constatou-se que a sentença de encerramento da recuperação judicial ainda não transitou em julgado, ante a interposição de insurgência recursal (*ut* https://esaj.tjac.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000BAJ60000&processo.foro=1&processo.numero=0717143-61.2017.8.01.0001&uuidCaptcha=sajcaptcha_03fe4f33caa94dbc980e508b23e7049c).

De acordo com a uníssona jurisprudência da Segunda Seção do STJ, a sentença de encerramento da recuperação judicial, enquanto não transitada em julgado, não tem o condão de tornar sem objeto o conflito de competência, viabilizando, pois, em caso de configuração da usurpação da competência do Juízo recuperacional, seu conhecimento e julgamento de mérito, do que são exemplos os seguintes julgados:

Processual Civil. Agravo interno no conflito de competência. Juízo do Trabalho e Juízo da Recuperação Judicial. Competência do Juízo da Recuperação Judicial

para a prática de atos executórios ou constritivos que persiste até o trânsito em julgado da sentença que declara o encerramento do processo.

1. Nos termos da jurisprudência consolidada desta Corte, é competente o juízo universal para prosseguimento de atos de execução que incidam sobre o patrimônio de empresa em processo falimentar ou de recuperação judicial.

2. Não compete ao juízo trabalhista interferir no acervo patrimonial da suscitante enquanto não houver a certificação do trânsito em julgado da sentença que declara o encerramento da sua recuperação judicial.

3. Nos estreitos limites cognitivos do conflito de competência, cabe a esta Corte apenas declarar o juízo competente para dirimir a controvérsia. Qualquer questão referente à reserva e/ou registro do crédito do ora agravante no Quadro Geral de Credores deve ser apresentada ao juízo competente.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no CC 167.826/PA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 18/08/2020, DJe 21/08/2020)

Embargos de declaração. Conflito de competência. Sentença de encerramento da recuperação judicial. Sem trânsito em julgado.

1. A jurisprudência do STJ, em casos de recebimento, no duplo efeito, do recurso de apelação interposto contra sentença de encerramento da recuperação judicial, tem se erigido no sentido de que, não tendo ocorrido o trânsito em julgado dessa decisão, permanece a competência do juízo da recuperação para deliberar acerca do patrimônio da empresa recuperanda.

2. No caso, a sentença de encerramento da recuperação judicial ainda não transitou em julgado, encontrando-se o processo ainda ativo e com despachos recentes do Juízo recuperacional.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgInt no CC 169.765/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 01/12/2020, DJe 10/12/2020) E ainda: AgRg no CC 142.082/DF, Segunda Seção, DJe 19/3/2020; AgInt nos EDcl no CC 158.249/SP, Segunda Seção, DJe 21/11/2018.

Afasta-se, assim, a alegação de perda superveniente do objeto do presente conflito de competência.

A controvérsia inserta no presente incidente centra-se em saber se o Juízo em que se processa a execução fiscal contra empresa em recuperação judicial, ao rejeitar a exceção de pré-executividade e determinar o prosseguimento do feito executivo, com a realização de atos constritivos sobre o patrimônio da executada –, invade ou não a competência do Juízo da recuperação judicial, segundo dispõe

o § 7º-B do art. 6º da Lei de Recuperação e Falência, com redação dada pela Lei n. 14.112/2020.

Registre-se, de início, que a novel legislação promoveu, *a seu modo*, a conciliação dos posicionamentos divergentes entre si, perfilhados por esta Segunda Seção e pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, *o que ensejou a desafetação do Tema 987 pela Primeira Seção* (*ut* REsp) e corroborou para tornar sem relevância o julgamento do Conflito de Competência n 144.433/GO, afetado à Corte Especial, que veio a, inclusive, perder, posteriormente, seu objeto, em virtude do encerramento da recuperação judicial, com decisão transitada em julgado.

Relembre-se que, antes da vigência da Lei n. 14.112/2020, as Turmas integrantes da Primeira Seção já adotavam a compreensão de que "a execução fiscal não se suspende pelo deferimento da recuperação judicial, permitindo-se a realização de atos constritivos, máxime quando evidenciada a inércia da empresa recuperanda em adotar as medidas necessárias à suspensão da exigibilidade dos créditos tributários, em especial, por meio do parcelamento especial disciplinado pelo art. 10-A da Lei n. 10.522/2002, incluído pela Lei 13.043/2014" (*ut* REsp 1.673.421/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/10/2017, DJe 23/10/2017).

Citam-se, ainda: AgRg no AREsp 707.833/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/09/2015, DJe 10/11/2015; REsp 1.480.559/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/02/2015, DJe 30/03/2015.

Por sua vez, esta Segunda Seção, diversamente, em conflito de competência entre os Juízos da recuperação judicial e da execução fiscal, reconhecia a competência do primeiro, assentando que, embora a execução fiscal não se suspenda, os atos de constrição e de alienação de bens voltados contra o patrimônio social das sociedades empresárias submetem-se ao Juízo universal, em homenagem ao princípio da conservação da empresa. A Seção de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça adotou o posicionamento, ainda, de que a edição da Lei n. 13.043/2014 – que acrescentou o art. 10-A à Lei n. 10.522/2002 e disciplinou o parcelamento de débitos de empresas em recuperação judicial – não descaracterizava o conflito de competência, tampouco tem o condão de alterar o entendimento jurisprudencial destacado, conforme decidiu a Segunda Seção por ocasião do julgamento do AgRg no CC 136.130/SP, Relator o Ministro Raul Araújo, Relator p/ Acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 13/05/2015, DJe 22/06/2015.

Com essa compreensão, destacam-se, ainda: AgInt no CC 150.414/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 22/11/2017, DJe 04/12/2017; AgInt no CC 149.641/PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 22/11/2017, DJe 28/11/2017; AgInt no CC 150.571/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 08/11/2017, DJe 20/11/2017; AgInt no CC 138.810/PE, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 08/11/2017, DJe 23/11/2017; AgInt no CC 49.827/RN, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 27/09/2017, DJe 29/09/2017); AgInt no CC 144.157/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 26/04/2017, DJe 03/05/2017.

Como adiantado, o dissenso jurisprudencial então existente entre esta Segunda Seção e as Turmas integrantes da Seção de Direito Público desta Corte de Justiça acabou por se dissipar em razão da edição da Lei n. 14.112/2020, que, a seu modo, delimitou a competência do Juízo em que se processa a execução fiscal (a qual não se suspende pelo deferimento da recuperação judicial) para determinar os atos de constrição judicial sobre os bens da recuperanda; e firmou a competência do Juízo da recuperação judicial "***para determinar a substituição*** *dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial*".

Confira-se a redação do § 7º-B do art. 6º da LRF, com redação dada pela Lei n. 14.112/2020:

> Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica:
>
> I - suspensão do curso da prescrição das obrigações do devedor sujeitas ao regime desta Lei;
>
> II - suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência;
>
> III - proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial ou à falência.
>
> [...]
>
> *§ 7º-B. O disposto nos incisos I, II e III do caput deste artigo não se aplica às execuções fiscais, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da*

recuperação judicial, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código.

Em relação à extensão dessa competência, definida pela Lei n. 14.112/2020, há um julgado recente desta Segunda Seção, em agravo interno, que reconhece a competência do Juízo da execução fiscal, seja para determinar o prosseguimento do feito, seja para determinar a constrição judicial de bem da recuperanda; e delimita, de outro vértice, a competência do Juízo recuperacional para realizar o controle sobre tais atos de constrição e de disposição sobre o patrimônio da recuperanda, podendo, em seus dizeres, "substituí-los, mantê-los ou até mesmo torná-los sem efeito".

Refiro-me ao seguinte julgado (sem grifos no original):

> Agravo interno no conflito de competência. Recuperação judicial. Falência. Execução fiscal. Tramitação. Possibilidade. Ausência de suspensão. Possibilidade de citação e penhora no Juízo da Execução Fiscal. Necessário controle dos atos de constrição pelo Juízo da Recuperação. Agravo não provido.
>
> 1. Os atos de execução dos créditos individuais e fiscais promovidos contra empresas falidas ou em recuperação judicial, tanto sob a égide do Decreto-Lei n. 7.661/45 quanto da Lei n. 11.101/2005, devem ser realizados pelo Juízo universal. Inteligência do art. 76 da Lei n. 11.101/2005.
>
> 2. Tal entendimento estende-se às hipóteses em que a penhora seja anterior à decretação da falência ou ao deferimento da recuperação judicial. Ainda que o crédito exequendo tenha sido constituído depois do deferimento do pedido de recuperação judicial (crédito extraconcursal), a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, também nesse caso, o controle dos atos de constrição patrimonial deve prosseguir no Juízo da recuperação. Precedentes.
>
> *3. O deferimento da recuperação judicial não possui o condão de sobrestar a execução fiscal, todavia, conquanto o prosseguimento da execução fiscal e eventuais embargos, na forma do art. 6º, § 7º-B, da Lei 11.101/2005, com redação dada pela Lei 14.112, de 2020, deva se dar perante o juízo federal competente - ao qual caberão todos os atos processuais, inclusive a ordem de citação e penhora -, o controle sobre atos constritivos contra o patrimônio da recuperanda é de competência do Juízo da recuperação judicial, tendo em vista o princípio basilar da preservação da empresa.*
>
> *4. Em outros termos, o Juízo da execução fiscal poderá determinar a constrição bens e valores da recuperanda, todavia, o controle de tais atos é incumbência exclusiva do Juízo da recuperação, o qual poderá substituí-los, mantê-los ou, até mesmo torná-los sem efeito, tudo buscando o soerguimento da empresa, haja vista a sua elevada função social.*

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no CC 177.164/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 31/08/2021, DJe 09/09/2021)

Ainda que se possa reputar delimitada, nesses termos, a extensão da competência dos Juízos da execução fiscal e da recuperação judicial a respeito dos atos constritivos determinados no feito executivo fiscal, *tem-se, todavia, não se encontrar bem evidenciado, até porque a lei não o explicita, o modo de como estas competências se operacionalizam na prática, de suma relevância à caracterização do conflito positivo de competência perante esta Corte de Justiça*.

É justamente nesse ponto – em relação ao qual já se antevê uma tênue dispersão nas decisões monocráticas que se seguiram após o referido julgado e que motivou a submissão da presente questão a este Colegiado – que considero ser necessário um direcionamento seguro por parte desta Corte de Justiça, para que o conflito de competência perante este Superior Tribunal não seja mais utilizado, inadvertidamente, como mero subterfúgio para se sobrestar a execução fiscal (ao arrepio da lei), antes de qualquer deliberação do Juízo da recuperação judicial a respeito da constrição judicial realizada, *e, principalmente, antes de uma decisão efetivamente proferida pelo Juízo da execução fiscal que se oponha à deliberação do Juízo da recuperação judicial acerca da constrição judicial*.

Insta ressaltar, no ponto, que a Lei n. 14.112/2020, embora tenha promovido, a seu modo, a conciliação dos entendimentos então perfilhados pelas Turmas da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça e por esta Segunda Seção, não deixou de representar uma alteração na compreensão então adotada por este Colegiado *quanto à caracterização dos conflitos de competência*.

Bastava, pois, à caracterização do conflito perante esta Corte de Justiça, que a parte interessada mostrasse a mera "pretensão constritiva direcionada ao patrimônio da empresa em recuperação judicial" (AgInt no CC 172.416/SC, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 1º/12/2020, DJe 09/12/2020). Nessa medida, era suficiente à caracterização do conflito, o mero prosseguimento do feito executivo ou a determinação de constrição judicial, reconhecendo-se, pois, a prevalência do Juízo da recuperação judicial para deliberar sobre qualquer ato que se voltasse contra o patrimônio da recuperanda.

O tratamento legal dado pelo art. 6º, § 7º-B, da Lei 11.101/2005 não autoriza mais reputar configurado conflito de competência perante esta Corte de Justiça em virtude da decisão proferida pelo Juízo da execução fiscal que, no exercício de sua competência, determine a constrição judicial.

Efetivamente, a partir da vigência da Lei n. 14.112/2020, com aplicação aos processos em trâmite (afinal se trata de regra processual que cuida de questão afeta à competência), o Juízo da execução fiscal, ao determinar o prosseguimento do feito executivo ou, principalmente, a constrição judicial de bem da recuperanda, não adentra indevidamente na competência do Juízo da recuperação judicial, não ficando caracterizado, até esse momento, nenhum conflito de competência perante esta Corte de Justiça.

Com a vênia daqueles que entendem de modo diverso, não se pode mais reputar configurado conflito de competência perante esta Corte de Justiça pelo só fato de o Juízo da recuperação ainda não ter deliberado sobre a constrição judicial, *em razão justamente de não ter a questão sido, até então, a ele submetida*.

Com essa diretriz – da qual ora se dissuade –, citam-se, na mesma senda do referido AgInt no CC n. 177.164/SP, as seguintes decisões monocráticas: EDcl no CC 172.258/SP, Relator Ministro Marco Buzzi, de 1º/10/2021; CC 182.902/SC, Relatora Ministra Nancy Andrighi [liminar], DJe 21/9/2021; e CC 181.431/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 27/09/2021, com destaque para esta última que reputou caracterizado o conflito de competência perante esta Corte de Justiça em razão da não submissão, até aquele momento, do ato constritivo ao Juízo da recuperação judicial, nestes termos (sem grifos no original)*:*

> [...]
>
> Em outros termos, o Juízo da execução fiscal poderá determinar a constrição de bens e valores da recuperanda, todavia, o controle de tais atos é incumbência exclusiva do Juízo da recuperação, o qual poderá substituí-los, mantê-los ou, até mesmo torná-los sem efeito, tudo buscando o soerguimento da empresa, haja vista a sua elevada função social.
>
> 3. No caso sob análise, *evidencia-se o conflito de competência entre o* ***Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Bebedouro - SP****, que deferiu o cujo pedido de recuperação judicial em 16/02/2018, o qual encontra-se em tramitação (fls. 224-226) e o* ***Juízo Federal da 1ª Vara de Ribeirão Preto - SJ/SP*** *que determinou a constrição de valores de titularidade da suscitante com a finalidade de quitar o débito da execução fiscal n. 5008681- 46.2018.4.03.6102 (fl. 06),* ***sem que tal constrição fosse submetida ao crivo do Juízo da recuperação***.
>
> Como afirmado acima, as execuções fiscais não se suspendem com o deferimento da recuperação judicial, nada obstante há necessidade de análise dos constritivos pelo Juízo da recuperação.

Nessa linha, cabe destacar, ainda, decisão monocrática, em situação similar à tratada nos autos, em que se conheceu do conflito de competência "para

estabelecer que os atos de alienação ou de constrição que possam comprometer o cumprimento do plano de reorganização da empresa, *somente serão efetivados após a anuência do Juízo da recuperação judicial*, sem prejuízo do prosseguimento da execução fiscal objeto da controvérsia, em outros aspectos" (CC 178.230/AL, Relator Ministro Raul Araújo, DJe 30/09/2021).

Faz-se a menção aos julgados monocráticos apenas para evidenciar a noticiada dispersão das decisões desta Corte Superior, que, embora não divirjam quanto à extensão da competência propriamente dita dos Juízos da execução fiscal e da recuperação judicial, há um claro dissenso a respeito do modo como tais competências se operacionalizam na prática, questão absolutamente recente.

Diversamente, *permissa venia*, tem-se por necessário à configuração do conflito de competência perante esta Corte de Justiça *que o Juízo da execução fiscal se oponha, concretamente, à superveniente* deliberação do Juízo da recuperação judicial a respeito da constrição judicial, determinando a substituição do bem constrito ou tornando-a sem efeito, ou acerca da essencialidade do bem de capital constrito.

A submissão da constrição judicial ao Juízo da recuperação judicial, para que este promova um juízo de controle sobre o ato constritivo, pode ser feita naturalmente, de ofício, pelo Juízo da execução fiscal, em atenção à propugnada cooperação entre os Juízos.

Caso o Juízo da execução fiscal assim não proceda, tem-se de todo prematuro falar-se em configuração de conflito de competência perante esta Corte de Justiça, a pretexto, em verdade, de obter o sobrestamento da execução fiscal liminarmente. Não há, por ora, nesse quadro, nenhuma usurpação da competência, a ensejar a caracterização de conflito perante esta Corte de Justiça. A inação do Juízo da execução fiscal – como um "não ato" que é – não pode, por si, ser considerada idônea a fustigar a competência do Juízo da recuperação judicial ainda nem sequer exercida.

No ponto, anota-se que o § 7ª-B do art. 6º da Lei n. 11.101/2005 apenas faz remissão ao art. 69 do CPC/2015, cuja redação estipula que a cooperação judicial *prescinde de forma específica*. Em seu § 2º, inciso IV, estabelece-se que "os atos concertados entre os juízos cooperantes *poderão consistir, além de outros*, no estabelecimento de procedimento para a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas".

Naturalmente, a cooperação judicial pode se dar também por provocação das partes interessadas.

Reproduz-se, a propósito, comentário da doutrina especializada a respeito da modificação legislativa em comento (sem grifos no original):

> A Lei faz ressalva expressa a respeito das aplicações dos incs. I, II e III também às execuções fiscais, que têm seu trâmite garantido no curso da recuperação judicial.
>
> Todavia, da mesma forma que em relação à cobrança de créditos não sujeitos, caso seja determinada a restrição sobre bem essencial, fica assegurada a substituição de tais bens por outros não essenciais, de valor equivalente.
>
> Dessa forma, fica garantida a execução fiscal sem inviabilizar a recuperação judicial da empresa devedora. *Tanto no disposto no § 7º-A quanto no § 7º-B existe disposição sobre o princípio da cooperação judicial previsto no art. 69 do CPC/2015, que disciplina que os órgãos do Poder Judiciário devem,* ***sempre que solicitados****, cooperar em relação a diversos atos do processo.*
>
> (Costa, Daniel Carnio. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 / Daniel Carnio Costa, Alexandre Correa Nasser de Melo, 2. ed., Curitiba: Juruá, 2021, página 97)

Assim, na hipótese de o Juízo da execução fiscal não submeter o ato constritivo ao Juízo da recuperação judicial, *deve a recuperanda instar o Juízo da execução fiscal a fazê-lo ou levar diretamente a questão ao Juízo da recuperação judicial, que deverá exercer seu juízo de controle sobre o ato constritivo*, se tiver elementos para tanto, valendo-se, de igual modo, se reputar necessário, da cooperação judicial preconizada no art. 69 do CPC/2015.

A caracterização de conflito de competência, como dito, pressupõe a materialização da oposição concreta do Juízo da execução fiscal à efetiva deliberação do Juízo da recuperação judicial a respeito do ato constritivo.

Essa linha de decidir, tem sido adotada por este subscritor (*ut* CC 183.127/AC, DJe 1º/10/2021; CC 182.052/PE, DJe 1º/10/2021, entre outros). Citam-se, da lavra de outros Ministros, com essa diretriz, as seguintes decisões monocráticas: CC 182.959/GO, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 30/09/2021; CC 182.790/SC, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJe 30/09/2021; CC 182.647/RN, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 23/09/2021 (entre outras), com destaque para o último *decisum*, em que S. Exa fez constar de seu teor estas considerações*:*

> [...]
>
> *Desse modo, de acordo com a nova sistemática legal, a atuação do juízo da recuperação judicial ficou restrita ao juízo de essencialidade do bem constrito e ao controle e "determinação de substituição dos atos de constrição que recaiam*

> *sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial, até o encerramento da recuperação" (CC 181.127/MG, relator Ministro Marco Aurélio Belizze, 9.9.2021), o que será viabilizado por meio da cooperação judicial prevista no artigo. 69 do CPC.*
>
> *Nesse novo panorama, portanto, a configuração de conflito de competência entre o Juízo Federal, condutor da execução fiscal, e o Juízo da recuperação judicial, somente se dará caso seja efetiva a constrição de algum bem ou valor da recuperanda pelo Juízo da execução, e o Juízo universal, sendo informado disso, reconheça, por decisão judicial, a essencialidade do bem ou valor à manutenção da atividade empresarial durante o curso da recuperação e, determinando ele a substituição do bem, encontre oposição ou resistência do Juízo da execução.*
>
> Assim, é de rigor que seja notificado o Juízo universal para que delibere sobre os atos constritivos, conforme preceitua o art. 6º, § 7º-B da Lei 11.101/05, e, somente se houver resistência, pelo Juízo da execução, de cumprimento das determinações do Juízo da recuperação, é que se configurará o conflito, sendo ônus da parte suscitante trazer aos autos as decisões que comprovem o contexto exposto.

Efetivamente, 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.

A existência do conflito de competência depende, portanto, conforme o inciso I do art. 66 do CPC, que é o pertinente para o caso concreto, da demonstração de que o Juízo da execução fiscal tenha adentrado, indevidamente, na matéria cuja competência é atribuída, por lei, ao Juízo da recuperação judicial.

É preciso, pois, à caracterização de conflito de competência perante esta Corte de Justiça, que o Juízo da execução fiscal, por meio de decisão judicial, se oponha concretamente à deliberação do Juízo da recuperação judicial a respeito da constrição judicial, determinando a substituição do bem constrito ou tornando-a sem efeito, ou acerca da essencialidade do bem de capital constrito.

No particular, não fica configurado o conflito de competência, a ensejar, a intervenção desta Corte de Justiça, sobretudo porque o Juízo Federal suscitado, até o presente momento, exerceu sua competência, nos estritos termos legais.

Na espécie, o Juízo Federal da 3ª Vara Cível e Criminal do Acre – SJ/AC, no bojo da Execução Fiscal n. 1000500-07.2020.4.01.3000, determinou a citação da parte executada para pagar a dívida com os juros e multa de mora e

encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, *sob pena de penhora de tantos bens quantos bastem à satisfação da dívida* (art. 7º e seguintes da Lei n. 6.830/1980, no prazo de 5 (cinco) dias (e-STJ, fls. 155).

Esta decisão, ensejou a arguição de exceção de pré-executividade, sob o exclusivo argumento de que o Juízo Federal seria absolutamente incompetente para determinar atos de constrição, devendo a pretensão constritiva ser submetida ao Juízo universal.

O Juízo Federal da 3ª Vara Cível e Criminal do Acre – SJ/AC rejeitou a exceção de pré-executividade, com esteio no § 7º-B do art. 6º da Lei n. 11.101/2005, reconhecendo que o deferimento do processamento da recuperação judicial não sobresta a execução fiscal, tampouco impede a determinação de ato constritivo por este Juízo, cabendo, posteriormente, ao Juízo da recuperação judicial determinar eventualmente a substituição dos atos de constrição (e-STJ, fl. 34):

> Sobre o pedido de suspensão do feito e da impossibilidade do juízo da execução fiscal praticar atos constritivos, a Lei de Falências, já com a nova redação trazida pela Lei n. 14.112/2020, dispõe:
>
> "Art. 6º
>
> (…) § 7º-B.
>
> [...]
>
> Como se vê, o dispositivo não proíbe a prática de atos constritivos pelo Juízo da execução fiscal, permitindo, todavia, eventual substituição dos atos de constrição por parte do juízo universal.
>
> Quanto à afetação da matéria no tema n. 987, o STJ, em 13/04/2021, desafetou-o, julgando-o prejudicado em razão das alterações promovidas na Lei 11.101/2005, por meio da Lei 14.112/2020.
>
> Portanto, rejeito a exceção de pré-executividade.

Esta decisão, como se constata, teria, segundo defende a parte suscitante, adentrado indevidamente na competência do Juízo da recuperação judicial.

Nos termos da fundamentação desenvolvida ao longo deste voto, o presente incidente mostra-se absolutamente prematuro, não ficando configurado conflito de competência.

A decisão, objeto deste conflito de competência, determinou simplesmente o prosseguimento da execução fiscal, a autorizar, oportunamente, a constrição

sobre bens da executada/recuperanda, providências que se inserem, indiscutivelmente, na competência do Juízo Federal suscitado.

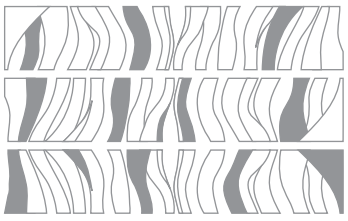
Na espécie, nem sequer há, por ora, decisão de constrição judicial propriamente. Logo, tampouco o Juízo da recuperação exerceu, até este momento, o juízo de controle sobre a vindoura constrição, *o que será viabilizado por meio da cooperação entre os Juízos envolvidos, oficiosamente, ou por provação da parte interessada, no caso a recuperanda*.

Registre-se que, *após o exercício de tais competências, a caracterização de conflito perante esta Corte de Justiça somente se fará presente se* o Juízo da execução fiscal vier, concretamente, a se opor à deliberação do Juízo da recuperação judicial a respeito da constrição do bem, substituindo-o ou tornando-a sem efeito, ou acerca da essencialidade do bem de capital constrito, o que, por ora, nem se cogita.

Por fim, assinala-se que o fato noticiado pela Fazenda Pública a respeito do conteúdo da sentença de encerramento da recuperação judicial, em que o Juízo recuperacional assinala a possibilidade de prosseguimento das execuções fiscais perante os respectivos juízos competentes (em virtude justamente do encerramento da recuperação), apenas corrobora a compreensão de não ter havido, na hipótese em exame, em momento algum, configurado conflito de competência entre os Juízos suscitados.

Em arremate, na esteira dos fundamentos acima delineados, não conheço do conflito de competência e revogo a liminar anteriormente deferida pela Presidência do Superior Tribunal de Justiça.

É o voto.



Terceira Turma

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 66.683-MG (2021/0174707-0)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Recorrente: B N R (Menor)
Repr. por: C M da S N
Recorrente: G N R
Advogados: Luciane Wagner - MG062571
Maria Isabella Rodrigues Gonçalves - MG088214
Recorrido: Â N R
Advogados: Alessandra Corrêa Pardini - MG065651
Suellen Maria de Azevedo - MG126823
Raquel Silva Nascimento - MG193787

EMENTA

Civil. Processual Civil. Recurso ordinário constitucional em mandado de segurança. Cabimento do *writ*, pelo credor, contra decisão que concede a ordem de *habeas corpus* favorável ao devedor. Possibilidade. Inexistência de contraditório ou intervenção do credor no *habeas corpus*. Restrições cognitivas que justificam o cabimento, sob pena de vulnerabilidade processual ao credor e ofensa à paridade de armas. Acórdão que obstou a prisão do devedor que se funda apenas na percepção pessoal de suficiência dos valores depositados e na quitação parcial da dívida. Manifesta ilegalidade e teratologia. Critérios para definição do valor do pensionamento definidos em anterior ação, na qual foram consideradas as possibilidades do devedor e as necessidades do credor. Reexame dessas circunstâncias ou consideração de fatos supervenientes em *habeas corpus*. Impossibilidade. Necessidade de ação revisional ou exoneratória, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Valor devido nominalmente elevado. Irrelevância. Particularidades da hipótese. Família com elevado padrão social e econômico. Valor que se acumulou por culpa exclusiva do devedor. Modificação judicial do rito eleito pelo credor para penhora e expropriação. Impossibilidade. Preenchimento dos requisitos legais. Segurança concedida.

1- O propósito recursal é definir se é teratológico ou manifestamente ilegal o acórdão que, em *habeas corpus* impetrado pelo devedor de alimentos, concede a ordem ao fundamento de que os depósitos realizados no curso da execução, em razão de seu elevado valor nominal, comprometeriam a urgência e contemporaneidade dos alimentos cobrados pelo rito da prisão.

2- É cabível mandado de segurança, impetrado pelo credor de alimentos, contra o ato judicial que, em *habeas corpus* impetrado pelo devedor, concede a ordem para obstar o cumprimento da ordem de prisão civil decretada com fundamento nos arts. 528 ou 911, ambos do CPC/15.

3- O excepcional cabimento do *writ* contra ato judicial na hipótese se justifica porque, no *habeas corpus* impetrado pelo devedor, não há a obrigatória integração do polo passivo pelo credor, tampouco lhe é deferido, em regra, a admissão como terceiro e, mesmo nas pontuais situações em que é admitido, apenas lhe é facultado interpor recursos excepcionais após a concessão da ordem, cuja cognição é constitucionalmente limitada.

4- Impedir a impugnação da decisão que concede *habeas corpus* pela via mandamental implicaria em colocar o credor de alimentos, materialmente vulnerável na relação jurídica alimentar, também em situação de vulnerabilidade processual, o que não se coaduna com o princípio da paridade de armas.

5- Na hipótese, o acórdão que concedeu a ordem de *habeas corpus* em favor do devedor de alimentos e que fora impugnado pelo mandado de segurança impetrado pelas credoras está eivado de manifesta ilegalidade e teratologia, pois fundado na exclusiva percepção pessoal de que os valores depositados pelo devedor, correspondentes a menos de 30% do valor devido, seriam suficientes para suprir as necessidades das credoras dos alimentos.

6- As circunstâncias fáticas sopesadas por ocasião do arbitramento dos alimentos não são, como regra, reexaminâveis em *habeas corpus*, de modo que a prova acerca da superveniente modificação das possibilidades do devedor ou das necessidades do credor devem ser produzidas, sob o crivo do amplo contraditório e da ampla defesa, em ação revisional ou exoneratória de alimentos.

7- Hipótese em que, ademais, as credoras e o devedor possuem elevado padrão social e econômico, conforme atesta a prova documental pré-constituída, e o valor da dívida se avolumou por culpa exclusiva do devedor de alimentos que, além de inadimplente, ocultou-se para não receber a citação para pagamento dos alimentos por mais de 10 meses e somente efetuou o pagamento de parte dívida após a expedição do mandado de prisão.

8- A execução dos alimentos sob o rito da prisão, desde que presentes os seus pressupostos, é de livre escolha do credor, de modo que não pode o Poder Judiciário, ressalvadas hipóteses excepcionalíssimas, imiscuir-se na opção por ele manifestada e converter a execução sob o rito da prisão para o rito da penhora e expropriação, sob pena de grave ofensa ao art. 528, *caput*, do CPC/15.

9- Recurso ordinário constitucional conhecido e provido, para conceder a segurança e restabelecer a decisão que havia autorizado a prisão civil do devedor de alimentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 08 de março de 2022 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 11.3.2022

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por G N R e B N R em face de acórdão proferido pelo TJ/MG que denegou a segurança provimento ao agravo interno por elas interposto em face da denegou a ordem requerida.

Ato coator: acórdão que, por maioria de votos, concedeu a ordem de *habeas corpus* em favor do recorrido, A N R, devedor dos alimentos às recorrentes, ao fundamento de que o depósito de três parcelas (que totalizavam R$ 30.132,14) e o adimplemento das demais após o mês de outubro/2018 seria suficiente para a subsistência das credoras, o que retiraria a urgência e contemporaneidade dos alimentos e, consequentemente, vedaria a possibilidade de uso da medida coercitiva da prisão civil (fls. 24/31, e-STJ).

Mandado de segurança: alega-se, em síntese, que o ato coator, acórdão que concedeu a ordem de *habeas corpus* em favor do devedor de alimentos, seria manifestamente ilegal e teratológica, na medida em que vedou a aplicação da medida coercitiva da prisão civil em dívida de alimentos atual, contrariando os arts. 528, *caput*, e 911, *caput*, ambos do CPC/15 (fls. 1/16, e-STJ).

Acórdão TJ/MG: denegou a ordem pretendida, nos termos do acórdão de fls. 292/303 (e-STJ), que ficou assim ementado:

> Ementa: Mandado de segurança. Preliminar. Ilegitimidade passiva. Presidente de Orgão Colegiado. Inocorrência. Mérito. Prisão civil. Devedor de alimentos. *Habeas corpus*. Ordem de soltura. Teratologia. Abuso ou ilegalidade. Não vislumbrados. Decisão legal. Segurança denegada.
>
> Nos termos da jurisprudência dos tribunais superiores, o presidente de órgão colegiado, na condição de representante externo do órgão, tem legitimidade passiva para responder em juízo pelas decisões do órgão colegiado.
>
> Não cabe a concessão da ordem em mandado de segurança interposto contra decisão proferida em sede de habeas corpus quando não se identificam sequer indícios de teratologia, ilegalidade ou abuso de poder na decisão questionada.

Recurso ordinário: as recorrentes sustentam, em síntese, as mesmas teses desenvolvidas na petição inicial do mandado de segurança (fls. 487/504, e-STJ).

Ministério Público Federal: opina pelo desprovimento do recurso ordinário constitucional (fls. 520/525, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: O propósito recursal é definir se é teratológico ou manifestamente ilegal o acórdão que, em *habeas corpus* impetrado pelo devedor de alimentos, concede a ordem ao fundamento de que os depósitos realizados no curso da execução, em razão de seu elevado valor nominal,

comprometeriam a urgência e contemporaneidade dos alimentos cobrados pelo rito da prisão.

Impossibilidade de vedação à prisão civil como técnica coercitiva. Alegada violação aos arts. 528**, caput, **e 911**, caput, **ambos do CPC/15.

01) Inicialmente, é importante reafirmar o cabimento de mandado de segurança, impetrado pelo credor de alimentos, contra o ato judicial que, em *habeas corpus* impetrado pelo devedor de alimentos, concede a ordem para obstar o cumprimento da ordem de prisão civil decretada com fundamento nos arts. 528 ou 911, ambos do CPC/15.

02) Com efeito, dado que o *habeas corpus* é instrumento constitucional exclusivamente voltado à *tutela da liberdade* (na hipótese, do devedor de alimentos), não há a obrigatória integração do polo passivo pelo credor dos alimentos.

03) Ademais, anote-se que tampouco é deferido ao credor dos alimentos, em regra, a sua admissão como terceiro e, mesmo nas pontuais situações em é deferido o seu ingresso, somente poderá impugnar o eventual acórdão concessivo da ordem, como terceiro prejudicado, por intermédio de recurso especial ou extraordinário, que possuem profundas limitações constitucionais de cognição.

04) Diante desse cenário, o credor de alimentos, *materialmente vulnerável* na relação jurídica alimentar, é colocado em uma indiscutível situação de *vulnerabilidade processual*, na medida em que vê o devedor impetrar ação constitucional com o propósito de se esquivar de uma medida coercitiva pleiteada pelo credor sem que lhe seja facultado exercer o adequado contraditório, naquele processo, sobre as alegações deduzidas pelo devedor.

05) Assim, em atenção ao princípio da *paridade de armas*, há de ser facultada ao credor de alimentos a *possibilidade de impetração de mandado de segurança contra a decisão que suspenda a eficácia da decretação da prisão civil do devedor de alimentos*, respeitando-se, evidentemente, os limites cognitivos próprios da ação mandamental.

06) Superado essa questão, é preciso investigar se o acórdão proferido pelo TJ/MG naquele *habeas corpus* reveste-se de teratologia ou manifesta ilegalidade. A ordem foi concedida sob os seguintes fundamentos:

> Em uma nova e detida análise detalhada dos autos, tenho que a concessão da ordem de *Habeas Corpus* é medida que se impõe, pelos motivos a seguir expostos.

Inicialmente, registra-se ser inconteste que o paciente deve, a título de pensão alimentícia, o valor de R$128.039,25 (cento e vinte e oito mil e trinta e nove reais e vinte e cinco centavos), referente aos meses de novembro/2017 a novembro/2018.

Não obstante, observa-se que o paciente efetuado o depósito de R$30.132,14 (trinta mil, cento e trinta e dois reais e quatorze centavos), relativo às três últimas parcelas vencidas, conforme comprovante de ordem n. 05, sendo este um valor que julgo suficiente para auxiliar, em caráter de urgência, nas despesas e necessidades das menores.

Ademais, de acordo com a petição acostada à ordem n. 52, o paciente afirma que vem realizado o pagamento integral da pensão alimentícia desde o mês de outubro/2018, perfazendo o montante de R$90.012,44 (noventa mil e doze reais e quarenta e quatro centavos).

Nesse espeque, embora seja inegável a existência da dívida pretérita, registra-se que a verba há muito perdeu seu caráter alimentar, na medida em que as exequentes pleiteiam a cobrança de valores devidos de novembro de 2017 a novembro de 2018.

Diante deste cenário, e tendo em vista que o paciente se propõe a discutir a situação em que se encontra face às necessidades das alimentandas, me parece excessivo o uso da prisão, mormente considerando a ausência de contemporaneidade da dívida reivindicada.

07) A esse entendimento se contrapôs o voto vencido:

Peço vênia ao eminente Relator para divergir de seu posicionamento.

O *habeas corpus* só se mostra possível quando alguém se vê ameaçado, em sua liberdade, e em seu direito de ir e vir, por ato arbitrário e ilegal da autoridade.

No caso, a impetrante não descreve uma situação sequer, motivadora do pedido.

Na verdade, tudo o que está descrito na inicial diz respeito a ação de execução. Se há justificativa para o não pagamento ou para a não prisão, isso é questão a ser resolvida na execução, sendo certo que qualquer decisão ali lançada é atacável por recurso, havendo previsão de possibilidade de atribuição de efeito suspensivo ou de deferimento de liminares, com a mesma urgência e eficácia do *habeas corpus*.

Destaque-se, a súmula de número 60, das Câmaras Criminais deste egrégio Tribunal, então competentes para feito desta natureza, a confirmar que o *habeas corpus* não constitui meio apropriado para discutir questões próprias do processo civil, ali solucionáveis, como dito, por adequados recursos.

> Na verdade, a medida agora escolhida constitui imprópria tentativa de transformar o *habeas corpus* em sucedâneo de recurso.

08) Para melhor contextualizar a questão, anote-se que as credoras dos alimentos, filhas do devedor (uma delas ainda civilmente incapaz), instauraram *cumprimento de sentença* da obrigação de prestar alimentos em *16/11/2017* (fls. 33/35), cobrando diferença entre o valor devido (R$ 11.244,00) e o valor depositado pelo devedor (R$ 1.500,00), bem como as parcelas que se vencerem no curso da execução.

09) O devedor de alimentos apenas foi citado em *28/09/2018*, mais de 10 meses após o início do cumprimento, por hora certa diante da suspeita de ocultação certificada pelo Sr. Oficial de Justiça (fl. 37, e-STJ).

10) Em decisão de fls. 38/41 (e-STJ), o D. Juízo da 9ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte *rejeitou a justificativa* apresentada pelo devedor (dificuldade financeira) e *decretou-lhe a prisão pelo período de 30 dias*.

11) Apenas *05 dias* após o decreto de prisão, o devedor efetuou o imediato pagamento do valor *R$ 30.132,44* (referente às três parcelas anteriores ao decreto de prisão, não as anteriores ao início da execução), tendo o juízo mantido a prisão civil justamente por verificar que *o valor depositado não correspondia sequer a 30%* do débito (fls. 45/46, e-STJ).

12) Dessa decisão, houve a interposição de agravo de instrumento pelo devedor (fls. 47/58, e-STJ), ao qual não foi atribuído efeito suspensivo (fls. 59/60, e-STJ). No plantão judiciário – e sem fazer referência ao anterior agravo –, o devedor de alimentos impetrou habeas corpus (fls. 61/69, e-STJ), cuja liminar foi indeferida (fls. 70/71, e-STJ).

13) Ato contínuo, foi impetrado *habeas corpus* nesta Corte (fls. 72/83, e-STJ), autuado sob o n. HC 487.154/MG, cuja petição inicial foi *liminarmente indeferida* por decisão desta Relatora publicada no DJe de *06/02/2019* (fls. 101/104, e-STJ), sob os seguintes fundamentos:

> Em primeiro lugar, destaque-se que a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de ser incabível *habeas corpus* impetrado contra decisão denegatória de liminar proferida pelo Relator no Tribunal de origem, sem que a questão tenha sido apreciada pelo órgão colegiado, nos termos da Súmula 691/STF. Neste sentido: AgRg no Habeas Corpus n. 296.770/SP, 3ª Turma, DJe 15/08/2014 e HC n. 182.207/SP, 3ª Turma, DJe 29/06/2011.
>
> Ainda que se pudesse superar o óbice acima mencionado, fato é que a jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que é inviável a apreciação

de fatos e provas relacionadas à capacidade econômica ou financeira do devedor dos alimentos pela via do *habeas corpus*, cuja finalidade precípua é examinar a existência de flagrante ilegalidade ou teratologia na ordem de prisão do devedor. Nesse sentido: HC 403.272/RO, 3ª Turma, DJe 04/10/2017; RHC 77.614/SP, 3ª Turma, DJe 15/12/2016 e HC 363.573/SP, 3ª Turma, DJe 25/10/2016.

Além disso, a jurisprudência desta Corte também consignou que o pagamento apenas parcial das parcelas vencidas no curso da execução é insuficiente, por si só, para impedir a prisão civil do alimentante. A esse respeito: HC 405.934/SP, 3ª Turma, DJe 31/08/2017, HC 374.764/SP, 3ª Turma, DJe 18/04/2017 e RHC 77.614/SP, 3ª Turma, DJe 15/12/2016.

Especificamente no que se refere às razões de decidir adotadas na decisão de fls. 184/187 (e-STJ), é preciso destacar, de antemão, que a hipótese em exame não se relaciona com alimentos devidos a ex-cônjuge, nem tampouco o valor é devido a pessoa capaz e maior, tornando evidentemente inaplicável os paradigmas citados na decisão que concedeu provisoriamente a ordem (HC 392.521/SP, 3ª Turma, DJe 01/08/2017 e Liminar em HC 413.344/SP, 4ª Turma, DJe 05/09/2017).

Na verdade, verifica-se que as alimentadas são menores, a dívida é relativamente recente (iniciou-se em Novembro/2017), possuindo, pois, presunção de atualidade e de urgência que não foram afastadas pelas alegações deduzidas pela impetrante.

De outro lado, não se pode olvidar que a dívida atingiu valor absoluto de grande monta - R$ 128.000,00 - em virtude, exclusivamente, dos sucessivos inadimplementos do devedor, que, a despeito de alegar modificação de sua condição econômica, não obteve tutela antecipatória em ação revisional de alimentos que afirma ter ajuizado no ano de 2015, o que sugere, em princípio, ausência de verossimilhança e de plausibilidade de suas alegações.

Finalmente, embora o valor parcialmente quitado pelo devedor - pouco mais de R$ 30.000,00, depositado após a ordem de prisão - impressione em números absolutos, não se pode olvidar que ele não corresponde sequer a 30% da dívida, que o núcleo familiar possui um diferenciado padrão de vida (o que, aliás, explica a fixação dos alimentos em 12 salários mínimos mensais) e as credoras, em pedido de reconsideração de fls. 93/181 (e-STJ), apresentaram elementos plausíveis no sentido de que se contraiu dívida de grande valor com o estabelecimento de ensino, o que, inclusive, impediria a rematrícula de ambas para o corrente ano.

14) Some-se a isso, ademais, o fato de que a declaração de imposto de renda do devedor de alimentos (fls. 122/129, e-STJ) atesta, *ictu oculi*, que o devedor de alimentos é *empresário* e possui *patrimônio bastante considerável* (mais de R$ 1.500.000,00 – um milhão e meio de reais).

15) Diante desse cenário, salta aos olhos a flagrante *ilegalidade* e *teratologia* do acórdão do TJ/MG que *concedeu a ordem de* habeas corpus em favor do devedor de alimentos, eis que fundamentado, essencialmente, na *perspectiva pessoal de que o valor depositado pelo devedor seria suficiente* para custear as necessidades das credoras.

16) Ocorre que tais circunstâncias fáticas foram evidentemente sopesadas por ocasião do arbitramento dos alimentos, de modo que eventuais modificações da capacidade contributiva do devedor ou das necessidades das credoras devem ser examinadas, em regra, sob o crivo do *amplo contraditório* e da *ampla defesa*, em ação *revisional* ou *exoneratória* de alimentos.

17) Acrescente-se que o valor nominal do pensionamento, conquanto possa ser visto, em um primeiro momento, como excessivo, não prescinde do exame das circunstâncias específicas que justificaram seu arbitramento, especialmente porque, na hipótese, trata-se de *entidade familiar de elevado padrão social* e *econômico*, o que, por consequência, acarreta o natural *incremento das necessidades* das credores para a manutenção de determinado padrão de vida.

18) Anote-se, ademais, que a dívida se avolumou por *culpa exclusiva* do devedor, que deixou de depositar mensalmente o valor dos alimentos que havia sido judicialmente arbitrado e se ocultou, sistematicamente, da citação na execução por longo período, somente vindo a fazê-lo, e apenas *parcialmente*, quando estava na iminência de sofrer constrição em sua liberdade de locomoção.

19) Finalmente, não se pode olvidar que a execução dos alimentos sob o rito da prisão, desde que presentes os seus pressupostos, *é de livre escolha das credoras*, de modo que não pode o Poder Judiciário, ressalvadas hipóteses excepcionalíssimas, imiscuir-se na opção por elas manifestada e converter a execução sob o rito da prisão para o rito da penhora e expropriação, sob pena de grave ofensa ao art. 528, *caput*, do CPC/15.

20) Por qualquer ângulo que se examine a questão, pois, constata-se a *manifesta ilegalidade e teratologia do acórdão que concedeu a ordem de* habeas corpus e, consequentemente, do acórdão recorrido, que negou a pretendida segurança.

Conclusão

21) Forte em tais razões, ***conheço*** e ***dou provimento*** ao recurso ordinário constitucional, para conceder a segurança e restabelecer a decisão que havia autorizado a prisão civil do devedor de alimentos.

RECURSO ESPECIAL N. 1.727.950-RJ (2017/0140552-0)

Relator: Ministro Moura Ribeiro
Recorrente: Joao Gilberto Pereira de Oliveira - Sucessão
Recorrente: Isabel Gilberto de Oliveira - Sucessor
Advogados: Marco Tayah e outro(s) - RJ011951
Jose Marco Tayah e outro(s) - RJ067177
Sara Eliana Tayah e outro(s) - RJ068274
Rafael Barud Casqueira Pimenta - RJ142307
Recorrente: Joao Marcelo Weinert de Oliveira - Sucessor
Advogado: Deborah Sztajnberg - RJ086824
Recorrente: L C F G DE O - Sucessor
Repr. por: C W F P
Advogados: Luciano Vianna Araújo - RJ080725
Leonardo Orsini de Castro Amarante e outro(s) - RJ055328
Jacqueline Tardelli Moser - RJ185862
Recorrente: EMI Records Brasil Ltda
Advogados: Raphael Queiroz de Moraes Miranda - RJ095822
Antônio Pedro Raposo - RJ156565
Victor Willcox de Souza Rancano Rosa e outro(s) - RJ167658
Recorrido: EMI Records Brasil Ltda
Advogados: Raphael Queiroz de Moraes Miranda - RJ095822
Antônio Pedro Raposo - RJ156565
Victor Willcox de Souza Rancano Rosa - RJ167658
Recorrido: Joao Gilberto Pereira de Oliveira - Sucessão
Recorrido: Isabel Gilberto de Oliveira - Sucessor
Advogados: Marco Tayah e outro(s) - RJ011951
Jose Marco Tayah e outro(s) - RJ067177
Sara Eliana Tayah e outro(s) - RJ068274
Rafael Barud Casqueira Pimenta - RJ142307
Recorrido: Joao Marcelo Weinert de Oliveira - Sucessor
Advogado: Deborah Sztajnberg - RJ086824
Recorrido: L C F G DE O - Sucessor

Repr. por: C W F P
Advogados: Leonardo Orsini de Castro Amarante - RJ055328
Jacqueline Tardelli Moser - RJ185862
Interes.: Silvia Regina Dain Gandelman - Inventariante
Advogados: Marco Tayah - RJ011951
Jose Marco Tayah - RJ067177
Luciano Vianna Araújo e outro(s) - RJ080725
Susana Paola Barbagelata Kleber - RJ081132
Deborah Sztajnberg - RJ086824
Leonardo Orsini de Castro Amarante - RJ055328
Rafael Barud Casqueira Pimenta - RJ142307
Flávia Leticia Henriques Paranhos Garcia - RJ197248

EMENTA

Direito Civil, Processual Civil e Autoral. Ação de resolução de contrato e de obtenção de *masters* originais. Irresignação submetida ao NCPC. Recurso especial da EMI. Alegação de que estaria prescrita a pretensão do autor de obter os *masters* de suas canções originais. Causa de pedir relacionada aos direitos morais do autor. Imprescritibilidade da pretensão deduzida em juízo. Recurso especial de João Gilberto. Possibilidade de produção e comercialização de LP´s contendo a obra original do artista. Alegação de ofensa a coisa jugada não caracterizada. Direitos morais do autor que não lhe conferem, necessariamene, a propriedade dos *masters* em que materializada sua obra musical. Recursos especiais não providos.

1. As disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade dos recursos, são aplicáveis ao caso concreto ante os termos do Enunciado Administrativo n. 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016.

2. Discute-se, na hipótese, a possibilidade de o autor da obra musical obter da gravadora os *masters* originais de suas canções.

3. Referida pretensão, porque baseada não em considerações econômicas, mas nos próprios direitos de personalidade do autor, deve ser considerada imprescritível.

4. A Terceira Turma desta Corte, no julgamento do REsp 1.098.626/RJ, sob a relatoria do Ministro *Sidnei Beneti*, reconheceu que a EMI violou os direitos morais do autor, *João Gilberto*, ao modificar os fonogramas primitivos para comercialização das canções em *Compact Disks* (CD's). Justamente por isso, condenou aquela gravadora a pagar indenização por danos morais e materiais, proibindo-a, também, de produzir e comercializar a obra indevidamente alterada.

5. O acórdão transitado em julgado não restringiu, todavia, a produção e comercialização de novos Long Plays (LP's) contendo as versões originais da obra musical.

6. O *master*, como muitas vezes, por metonímia, é designado o resultado final do processo de criação da matriz a ser copiada em vinil, CD ou fita magnética, constitui um fonograma nos termos do art. 5º, IX, da Lei n. 6.910/98: *considera-se fonograma – toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual*.

7. Isso é fundamental, porque o direito autoral distingue de forma muito clara o *corpus misticum*, que é a criação autoral propriamente dita, isto é, a obra imaterial fruto do espírito criativo humano; e o *corpus mechanicum*, que é, simplesmente, o meio físico no qual ela se encontra materializada.

8. Assim, malgrado a distinção técnico-qualitativa existente entre a matriz e as cópias que dela podem ser extraídas, constituem ambas, em última análise, bens corpóreos (*corpus mechanicum*) e, nessa condição, podem ser alienadas.

9. Não se vislumbra, por isso, nenhuma ilegalidade flagrante na cláusula contratual que conferiu a propriedade dos *masters* à gravadora.

10. O direito moral do autor, intangível e imprescritível, não pode suplantar o direito da sociedade de usufruir das manifestações das culturas populares tão caras a qualquer nação. Triste a cultura mundial se não pudesse desfrutar das obras de Mozart, Bach, Beethoven ou Villa-Lobos, gênios notórios cuja qualificação também se estende ao nome de João Gilberto.

11. A alegação de que o contrato teria sido interpretado ampliativamente de modo a prejudicar os direitos do autor esbarra na Súmula n. 5 do STJ.

12. O pedido de resolução do contrato com base do inadimplemento e subsequente devolução dos *masters* veio amparado exclusivamente em dissídio jurisprudencial que, todavia, não pode ser conhecido por ausência de similitude fática.

13. Recurso especial da EMI não provido. Recurso especial de *Espólio de João Gilberto* parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 08 de março de 2022 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

DJe 17.3.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Em 1997, *João Gilberto Pereira de Oliveira*, falecido no curso do feito (*João Gilberto*) ajuizou ação contra *EMI-Music Brasil Ltda (EMI)*, que resultou no REsp n. 1.098.626/RJ, da relatoria do Ministro *Sidnei Beneti*, no qual se reconheceu o seu direito a indenização por danos materiais e morais decorrentes da remasterização não autorizada de suas músicas em *Compact Disks* (CD's).

Na fase de cumprimento de sentença, questionou-se se o acórdão proferido no mencionado recurso especial teria também vedado a produção e comércio da obra musical de *João Gilberto* pela EMI. Essa indagação foi respondida afirmativamente no julgamento do REsp n. 1.472.020/RJ, de minha relatoria.

Em 2013, *João Gilberto* ajuizou nova ação contra a EMI, pretendendo, desta feita, a extinção dos contratos celebrados entre as partes em razão do

descumprimento contratual e, bem assim, a devolução das fitas *masters* dos Long Plays (LP's) "Chega de Saudade", "O Amor, o Sorriso e a Flor", "João Gilberto" e do compacto vinil "João Gilberto cantando as músicas do filme Orfeu do Carnaval". Subsidiariamente, ele pleiteou acesso irrestrito e por tempo indeterminado às matrizes de seu repertório original (e-STJ, fls. 2/26).

O juiz de primeira instância julgou improcedentes os pedidos, sob o entendimento de que os *masters* teriam sido contratualmente adquiridos pela EMI, não havendo obstáculo jurídico à reprodução e exploração econômica daqueles fonogramas originais. Ao final, condenou *João Gilberto* ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa (e-STJ, fls. 708/713 e 761/762).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu parcial provimento ao recurso de apelação de *João Gilberto*, apenas para franquear-lhe acesso aos *masters*. De acordo com a Corte fluminense, os contratos celebrados entre as partes na década de 70 ainda estariam em vigor e produzindo efeitos, de modo que a EMI poderia continuar produzindo e comercializando a obra do artista em formato vinil, estando vedada, apenas, a remasterização das canções e também a comercialização das gravações originais em mídias diversas daquelas existentes à época dos contratos. Acrescentou que, além disso, os *masters* possuíam valor intrínseco que justificariam, de qualquer forma, o interesse da EMI em manter-se na sua posse. Não houve alteração na distribuição dos ônus sucumbenciais.

Referido acórdão, da relatoria do ilustre Des. *André Andrade*, ficou assim ementado:

> *Apelação cível. Direito Autoral. Contratos, assinados há mais de cinquenta anos, denominados de locação de serviços, assinados entre músico e gravadora, para distribuição e comercialização de gravações em disco de vinil. Músico que pretende ter reconhecido o direito de propriedade sobre as fitas* masters *das gravações. Pedido sucessivo de amplo acesso às fitas* masters *de suas gravações. Alegação da gravadora ré de que é dona dos* masters. *Contratos que não extinguiram seus efeitos. Propriedade das fitas* masters *que remanesce com a gravadora. Impossibilidade, no entanto, de a gravadora alterar as gravações ou explorá-las em mídias mais modernas sem a concordância do músico. Direito conexo do autor-intérprete de acesso às fitas* masters. *Provimento parcial da apelação* (e-STJ, fl. 890).

Os embargos de declaração opostos por *João Gilberto* foram rejeitados e aqueles manifestados por EMI, acolhidos sem efeitos modificativos, apenas para rejeitar as preliminares de prescrição e de inexistência da lide.

O acórdão ficou assim ementado:

> *Embargos de declaração. Primeiros embargos: alegação de omissões no acordão embargado. Preliminares de prescrição e de ausência de lide. Suprimento das omissões. Rejeição das preliminares. Segundos embargos: alegação de premissa equivocada e de omissões do acórdão. Inexistência dos alegados vícios. Provimento dos primeiros embargos de declaração e desprovimento dos segundos* (e-STJ, fl. 1.094)

Irresignado, *João Gilberto* interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da CF, alegando ofensa aos arts. *(1)* 467, 468, 471 e 472 do CPC/73 (502, 503, 505 e 506 do NCPC), porque desrespeitada a coisa julgada fixada nos REsps n. 1.098.626/RJ, da relatoria do Ministro *Sidnei Beneti*, e 1.472.020/RJ, de minha relatoria, segundo a qual estaria proibida a reprodução e a comercialização da obra musical pela EMI em qualquer mídia; *(2)* 4º, 22, 24, incisos IV e V, e 49 da Lei n. 9.610/98, nos termos dos quais teria ele direito não apenas a dimensão imaterial de sua obra, mas também ao suporte físico no qual ela está fixada, no caso, os *masters*; e *(3)* 4º e 49 da Lei n. 9.610/98, além de dissídio jurisprudencial, porque impossível conferir interpretação extensiva aos contratos entabulados, em seu prejuízo, para enquadrar referidas avenças como uma compra e venda de fitas *masters*.

A EMI, a seu turno, interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF, alegando que a pretensão autoral de obtenção/restituição dos fonogramas originais deveria ter sido declarada prescrita, nos termos do art. 178, § 9º, V, do CC/16.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 1.178/1.195 e 1.199/1.217), os recursos foram ambos barrados no juízo de admissibilidade realizado pela origem (e-STJ, fls. 1.228/1.232), mas em seguida, tiveram seguimento por decisão monocrática de minha lavra que deu provimento aos agravos então manejados (e-STJ, fls. 1.388/1.390).

Após o falecimento de *João Gilberto*, deu-se a sua substituição processual pelo respectivo espólio (*Espólio de João Gilberto*).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator):

Do recurso especial de EMI

Pela ordem de prejudicialidade, examina-se, em primeiro lugar, o recurso especial da EMI, advertindo-se que têm aplicação as disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade dos inconformismos, ante os termos do Enunciado Administrativo n. 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016:

> Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

De acordo com as razões deste recurso especial, muito embora a declaração de nulidade do contrato firmado com *João Gilberto* não esteja, por sua própria natureza, sujeita a prazo prescricional, a discussão relativa aos efeitos patrimoniais do negócio jurídico cuja nulidade se requer estaria, sim, submetida a prescrição. Dessa forma, não seria mais possível pleitear a obtenção/restituição dos *masters* originais, porque essa seria uma decorrência patrimonial do pedido de declaração de nulidade do negócio.

Segundo afirmado, o contrato de prestação de serviços encerrou-se em 1964, de modo que a pretensão de discutir os efeitos econômicos dessa avença, como a propriedade dos *masters*, por exemplo, prescreveu em 1968. Tudo isso na forma do art. 178, § 9º, V, do CC/16.

O TJRJ, ao tratar do tema, manifestou-se nos seguintes termos:

> Rejeita-se a preliminar de prescrição. A pretensão formulada pelo autor, diferentemente do sustentado pela apelada em suas contrarrazões, não é de anulação do negócio jurídico em decorrência de lesão. O que pretende o autor, ora apelante, entre outras coisas, é a declaração de extinção dos contratos celebrados. Inaplicáveis, portanto, os artigos 178, § 9º, V, do Código Civil de 1916 e 178, II, do Código Civil atual (e-STJ, fls. 898/899).

e

> Não procede o argumento da ora embargante de que teria havido a prescrição em relação à pretensão de entrega definitiva das fitas, isso porque, diferentemente do que sustenta, a entrega das referidas fitas não constituiria, nos termos em que formulada a pretensão, um efeito material ou patrimonial decorrente da extinção dos contratos celebrados, mas um direito moral ou personalíssimo do autor. De todo modo, considerou-se que o contrato celebrado entre as partes ainda produz

> efeitos, de modo que de prescrição não se poderia falar, porque não teria sequer iniciado o prazo de alegada prescrição. Por essas razões, deve ser rejeitada a preliminar de prescrição (e-STJ, fls. 1.096/1.097).

A EMI tem razão quando afirma ser necessário distinguir a prescrição da pretensão declaratória daquela afeta as pretensões correlatas.

Segundo lição já clássica de AGNELO AMORIM FILHO, a ação que visa obter um provimento judicial declaratório não está submetida a prescrição (Critério Científico para distinguir prescrição da decadência *in*: Doutrinas Essenciais de Direito Civil - Parte Geral. Coord. GILMAR FERREIRA MENDES. vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011).

O mesmo não sucede, porém, com a pretensão de obter situações jurídicas decorrentes da tutela declaratória, isso é, de obter efeitos patrimoniais ou econômicos da declaração de nulidade.

PABLO STOLZE GALIANO, por exemplo, após assinalar que os vícios de nulidade absoluta podem assim ser reconhecidos e declarados a qualquer tempo, na forma do art. 169 do CC/02, sem a incidência de prazos decadenciais ou prescricionais, ressalta que os efeitos patrimoniais decorrentes dessa declaração de invalidade estão, sim, sujeitos a prescrição.

Confira-se:

> Ora, na hipótese sob análise [do art. 549 do CC/02], o legislador expressamente previu ser nula a doação inoficiosa, e não simplesmente anulável, como o fez no art. 550.
>
> [...]
>
> Tais argumentos já seriam suficientes, a nosso ver, para chegarmos à conclusão de que a doação inoficiosa, por traduzir afronta a normas de ordem pública (do sistema de preservação da legítima), e segundo as normas legais do próprio Código Civil, é nula de pleno direito.
>
> Mas a esse argumento pode-se contrapor outro: por ser imprescritível a arguição da nulidade absoluta, isso não geraria insegurança jurídica, ante a possibilidade de se poder atacar o ato a qualquer tempo?
>
> De fato, o art. 169 do Código Civil dispõe que o ato nulo não convalesce pelo decurso do tempo.
>
> Mas os efeitos patrimoniais decorrentes da declaração de invalidade, sim.
>
> A declaração de nulidade absoluta da doação inoficiosa, a teor desse mencionado dispositivo de lei não se submete a prazo algum, embora o pedido dirigido à reivindicação da coisa (pretensão de natureza real) ou ao pagamento

> das perdas e danos (pretensão de natureza pessoal) formulado pelo herdeiro prejudicado, submeta-se ao prazo prescricional geral (para pretensões pessoais ou reais) de dez anos, na forma do art. 205 do Código Civil. (*Contrato de Doação*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2021. pp. 83/84 - sem destaque no original).

ORLANDO GOMES, da mesma forma, ao lecionar sobre o sistema de invalidades do CC/16, também ressaltava a distinção assinalada:

> A teoria clássica das nulidades assenta o princípio geral de que o ato nulo não produz qualquer efeito: "quod nullum est, nullum procucit effectum". A nulidade de pleno direito privaria o ato de toda eficácia.
>
> Deste princípio deduzem-se as consequências seguintes:
>
> [...]
>
> Por fim é perpétua, no sentido de que, em princípio, se não extingue por efeito da prescrição. O decurso do tempo não convalida o que nasceu inválido. Se nenhum efeito produz desde o nascimento, nenhum produzirá para todo o sempre. A qualquer tempo é alegável. *Contudo, a perpetuidade da ação não prejudica as situações jurídicas que se modificaram por efeitos da usucapião ou da prescrição dos direitos que poderiam ser exercidos* (Introdução do Direito Civil. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. pp. 474/475).

No mesmo sentido, a lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

> (...) se é certo que a nulidade, em si, não pode se sujeitar aos efeitos da prescrição, das situações jurídicas em que o negócio jurídico inválido cria podem perfeitamente decorrer pretensões que hão de sofrer os efeitos naturais da prescrição (exemplo: restituição de bens ou preço, indenização de prejuízos, etc., as quais terão de submeterse aos efeitos da prescrição) (Comentários ao Novo Código Civil. Vol. III, Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 527)

No voto-vista que proferi por ocasião do julgamento do REsp n. 1.933.685/SP, destaquei que a pretensão de obter a declaração de nulidade absoluta da chamada doação inoficiosa, não estaria sujeita a prazo decadencial ou prescricional. Acrescentei que o efeito patrimonial desse negócio nulo, qual seja, o restabelecimento da propriedade do bem ao monte para ser regularmente partilhado, estaria, todavia, sujeito a prescrição. Dessa forma, o donatário do bem recebido indevidamente estaria habilitado a permanecer com ele, independentemente da nulidade da doação, caso verificada hipótese de usucapião (prescrição aquisitiva).

Essa distinção entre a (im)prescritibilidade das ações declaratórias e a das demais pretensões correlatas fica igualmente evidente nos seguintes julgados:

Agravo interno nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Ação de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse e perdas e danos. Prescrição. Ajuizamento de ação revisional. Não interrupção da prescrição. Prescrição reconhecida. Agravo interno não provido.

1. A propositura de ação revisional pelo devedor não impede que o credor busque a satisfação do seu crédito, não havendo, portanto, interrupção do prazo prescricional.

2. Ademais, não havendo na lei regra limitando o tempo para a decadência do direito de promover a resolução do negócio, a ação pode ser proposta enquanto não prescrita a pretensão de crédito que decorre do contrato.

3. Agravo interno não provido. (AgInt nos EDcl no AREsp 1.536.576/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 11/2/2020 - sem destaque no original)

Recurso especial. Ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse e indenização por perdas e danos. Ausência de prequestionamento. Súm. 282/STF. Fundamento não impugnado. Súm. 283/STF. Contrato de compra e venda de imóveis. Inadimplemento. Ação monitória julgada procedente. Trânsito em julgado. Prescrição da pretensão executória. Ausência do elemento objetivo que sustenta o pedido de resolução do contrato. Improcedência do pedido. Julgamento: CPC/73.

1. Ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse e indenização por perdas e danos ajuizada em 16/05/2014, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 19/06/2015 e atribuído ao gabinete em 02/09/2016.

2. O propósito recursal é dizer sobre a prescrição da pretensão deduzida pelo recorrido, bem como sobre a aquisição da propriedade pela usucapião dos bens imóveis objeto desta ação resolutória de contrato.

3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial (Súm. 282/STF).

4. A existência de fundamento do acórdão recorrido não impugnado - quando suficiente para a manutenção de suas conclusões - impede a apreciação do recurso especial (Súm. 283/STF).

5. Diferentemente do que constava no art. 1.092 do CC/16, o art. 475 do CC/02, expressamente, faculta ao credor, diante do inadimplemento do devedor, escolher entre exigir o cumprimento da prestação ou exigir a resolução do contrato, cabendo, em qualquer das hipóteses, a respectiva indenização.

6. Em regra, admite-se a cumulação dos pedidos de cumprimento da prestação e resolução do contrato, mas, escolhida a via do cumprimento, não se dá recurso à via da resolução depois de transitada em julgado a sentença de procedência exarada na primeira ação (*electa uma via non datur recursos ad alterum*).

> 7. Embora não haja regra legal que estabeleça prazo para o seu exercício, o direito à resolução do contrato não é absolutamente ilimitado no tempo, na medida em que o contrato, enquanto fonte de obrigações que vincula as partes, é instrumento de caráter transitório, pois nasce com a finalidade de se extinguir, preferencialmente com o adimplemento das prestações que encerra.
>
> 8. Se o pedido de resolução se funda no inadimplemento de determinada parcela, a prescrição da pretensão de exigir o respectivo pagamento prejudica, em consequência, o direito de exigir a extinção do contrato com base na mesma causa, ante a ausência do elemento objetivo que dá suporte fático ao pleito.
>
> 9. Hipótese em que, ao ajuizar a ação monitória, o recorrido demonstrou, claramente, seu interesse na preservação da avença, de tal modo que, uma vez transitada em julgado a sentença de procedência, cabia-lhe apenas executar o título judicial para resolver a crise de inadimplemento. Ao deixar transcorrer o prazo prescricional da pretensão executória voltada ao adimplemento do contrato e, depois, propor esta ação resolutória, o recorrido demonstra um comportamento contraditório, justificado, na hipótese, pela nítida tentativa de se esquivar dos efeitos de sua inércia e, assim, se beneficiar da própria torpeza, o que configura o exercício abusivo de sua posição jurídica em relação ao recorrente.
>
> 10. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido. (REsp 1.728.372/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 22/3/2019).

Nada obstante, parece inadequado sustentar, no caso dos autos, que a pretensão de *João Gilberto* de obter a posse (ou a propriedade) dos *masters* nos quais materializada sua obra intelectual corresponda a um efeito patrimonial da declaração de nulidade do contrato firmado com EMI, para efeito de aplicação da prescrição prevista no art. 178, § 9º, V, do CC/16.

A partir da própria leitura da petição inicial, é possível verificar que os *masters* não são reivindicados com objetivo econômico ou comercial, mas sim para assegurar a realização de um direito moral do autor. Com efeito, *João Gilberto* alegou que a posse dos fonogramas se impunha como consectário necessário do seu direito de personalidade pois deveria obtê-los pela condição de autor das obras musicais e também como forma de garantir a identidade e a integralidade da sua criação imaterial.

Os direitos do autor dividem-se, tradicionalmente, em dois grandes eixos: os direitos morais do autor e os direitos patrimoniais do autor.

Os primeiros têm a sua origem numa tradição do Direito francês, que encara as criações intelectuais como personificação do espírito do respectivo criador e estão ligados, essencialmente, à integridade criativa e à paternidade da obra. Como reflexo dessa dimensão do direito autoral, pode-se citar a

possibilidade que o autor tem de reivindicar a autoria da obra, de impedir sua alteração indevida por terceiros e ainda de combater a contrafração.

Os direitos patrimoniais do autor, por outro lado, estão ligados à exploração econômica da criatividade do autor.

PONTES DE MIRANDA já reconhecia essa feição dúplice dos direitos do autor:

> A obra científica, artística ou literária dá ensejo a diferentes direitos, o primeiro dos quais é o direito autoral de personalidade [...] que precede, gnoseológica e logicamente, às relações jurídicas em que o objeto é bem patrimonial ou tem valor patrimonial. ***O direito autoral de personalidade e o direito autoral patrimonial são inconfundíveis***. (Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo XVI. Direito das Coisas, Propriedade Intelectual e Propriedade Industrial. Atualizado por Marcos Alberto Sant´Anna Bitelli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. pp. 65/66 - sem destaque no original).

CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD, da mesma forma, lecionam:

> (...) bipartem-se, pois, os direitos autorais em dois diferentes feixes, que estão, necessariamente, interligados, formando um todo, uno e indivisível: os direitos morais do autor (de essência personalíssima) e os direitos patrimoniais do autor (de índole material, produzindo efeitos na esfera dos direitos reais, por conta da caracterização de um modelo específico de propriedade) (Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB. Vol. 1. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 139)

Referida dicotomia, estava já incorporada na Lei n. 5.988/73 (arts. 25 a 28 e 29 a 48), foi repetida pela Lei n. 9.610/98 (arts. 24 a 27 e 28 a 45), conforme se pode observar:

> Capítulo II
>
> Dos Direitos Morais do Autor
>
> Art. 24. São direitos morais do autor:
>
> I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;
>
> II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;
>
> III - o de conservar a obra inédita;
>
> IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

(...)

Capítulo III

Dos Direitos Patrimoniais do Autor e de sua Duração

Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral;

II - a edição;

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

IV - a tradução para qualquer idioma;

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

Fixada essa premissa, de que existem direitos morais do autor e também direitos patrimoniais do autor, cumpre assinalar que eles se submetem a regimes jurídicos distintos. Os primeiros, ao contrário dos segundos, estão intimamente ligados aos direitos de personalidade e, por isso, são considerados

inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis. Os segundos não gozam dessa mesma prerrogativa.

A Lei n. 9.610/98, em seu art. 27, dispõe, a propósito, que *os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis*.

Conquanto a norma não assinale expressamente a imprescritibilidade dos direitos, existe um consenso generalizado em torno dessa questão.

CARLOS ALBERTO BITTAR, a propósito, destacava que os direitos morais do autor como *os vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização da defesa de sua personalidade* (Direito de autor. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 47).

ALVARO VILLAÇA AZEVEDO e GUSTAVO RENE NICOLAU, no mesmo sentido, lecionam:

> Diversas características podem ser extraídas dos direitos da personalidade. É inegável, por exemplo, que são direitos extrapatrimoniais, tipicamente pessoais, porque não visam a uma utilidade de ordem econômica ou financeira. São, ainda, originários ou inatos, porque se adquirem, naturalmente, sem o concurso de formalidades externas; são direitos absolutos ou de exclusão, visto que são oponíveis 'erga omnes'.
>
> Todavia, há outras características que devem ser analisadas com parcimônia, sob pena de – não o fazendo – ocasionar confusões e distorções jurídicas. [...]
>
> O direito do autor e o direito à voz [...] são passíveis de reflexos (inclusive patrimoniais) que podem ser livremente negociados, transmitidos 'causa mortis' e cedidos gratuita ou onerosamente 'inter vivos'.
>
> Não por acaso a avançada lei de direitos autorais (Lei n. 9.610/98) distingue claramente os direitos morais (art. 24) e patrimoniais do autor (art. 28), enquanto que o art. 49 assegura a possibilidade de transferência total ou patrimonial destes últimos.
>
> Seriam, ainda, direitos imprescritíveis, porque podem ser exercidos a qualquer tempo (Código Civil Comentado. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 48/49).

PONTES DE MIRANDA, ao comentar o CC/16, revogado, ponderou:

> Diz o art. 178, § 10, VII, que prescreve em cinco anos "a ação civil por ofensa aos direitos de autor, contado o prazo da data da contrafação". O art. 178, § 10, VII, somente concerne às pretensões resultantes de ofensas ao direito autoral de exploração [patrimoniais, portanto]. As pretensões oriundas do direito de personalidade são imprescritíveis.

> Aí está um dos pontos em que é de toda a relevância distinguirem-se as ofensas ao direito absoluto de personalidade e as ofensas ao direito absoluto de propriedade, ainda 'lato sensu'. O direito autoral de exploração é direito de propriedade intelectual. A ofensa a ele é ofensa ao direito real, que tem o titular, com todas as consequências (Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo XVI. Direito das Coisas, Propriedade Intelectual e Propriedade Industrial. Atualizado por Marcos Alberto Sant´Anna Bitelli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 317).

A Terceira Turma desta Corte Superior também já se pronunciou a respeito da imprescritibilidade dos direitos morais do autor em razão de sua íntima relação com os direitos de personalidade.

Confira-se:

> Recurso especial. Direito da Propriedade Intelectual. Direitos Autorais. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Direitos morais do autor. Alegada violação do direito de modificar a obra e de assegurar a sua integridade. Modificação que teria ocorrido na passagem não autorizada para CD dos retratos do músico Noca da Portela, que figuravam na capa e na contracapa do LP "Mãos Dadas". Imprescritibilidade dos direitos morais em si. Pretensão de compensação dos danos oriundos de sua infração. Reparação civil. Sujeição ao prazo de prescrição trienal. Art. 206, § 3º, V, do CC.
>
> 1. Controvérsia em torno da ocorrência de prescrição do direito de exigir a compensação pelos danos morais oriundos de infração de direito moral de autor, bem como acerca da necessidade de comprovação desses danos.
>
> 2. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional quando o Tribunal de origem, no julgamento dos embargos de declaração, reafirma seu entendimento, afastando a existência de qualquer contradição.
>
> *3. Os direitos morais do autor são, como todo direito de personalidade, imprescritíveis, e, portanto, não se extinguem pelo não uso e pelo decurso do tempo.*
>
> 4. O autor pode, a qualquer momento, pretender a execução específica das obrigações de fazer e não fazer oponíveis "erga omnes", decorrentes dos direitos morais elencados no art. 24 da Lei n. 9.610/98.
>
> 5. Todavia, a pretensão de compensação pelos danos morais, ainda que oriundos de infração de direito moral do autor, configura reparação civil e, como tal, está sujeita ao prazo de prescrição de três anos, previsto no art. 206, § 3º, V, do CC.
>
> 6. Caso concreto em que o autor pretende a reparação dos danos causados pela violação dos seus direitos morais de modificar e de assegurar a integridade de sua obra (art. 24, IV e V, da Lei n. 9.610/98).

7. Retratos do músico Noca da Portela, originalmente feitos para ilustrar a capa e a contracapa do LP "Mãos Dadas", que, quando da conversão não autorizada em CD, teriam sofrido modificações não pretendidas pelo autor.

8. Tendo a modificação não autorizada ocorrido em 2004, encontra-se prescrita a pretensão de compensação dos danos morais por ter sido a demanda ajuizada apenas em 2011.

9. *Recurso especial provido*.

(REsp 1.862.910/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 9/2/2021 - sem destaque no original)

A partir de todas essas reflexões, é preciso concluir que a pretensão veiculada por *João Gilberto*, de reaver os *masters* originais, porque baseada não em considerações econômicas, mas nos próprios direitos de personalidade, encontra uma sintonia indiscutível com seu direito moral de autor, revelando-se, incabível, assim, falar em prescrição na hipótese dos autos.

Nessas condições, ***nego provimento*** ao recurso especial de EMI.

Do recurso de João Gilberto

Nas razões de sua irresignação, *João Gilberto* alegou dissídio jurisprudencial e ofensa aos arts. *(1)* 467, 468, 471 e 472 do CPC/73 (502, 503, 505 e 506 do NCPC), porque desrespeitada a coisa julgada material estabelecida nos REsps n. 1.098.626/RJ e 1.472.020/RJ que proibiu a reprodução e comercialização de sua obra musical pela EMI em qualquer mídia; *(2)* 4º, 22, 24, incisos IV e V, e 49 da Lei n. 9.610/98, porque teria direito não apenas à dimensão imaterial de sua criação musical, mas também ao suporte físico no qual ela está fixada, e *(3)* 4º e 49 da Lei n. 9.610/98, porque impossível conferir interpretação extensiva ao contrato entabulado para enquadrar referida avença como uma compra e venda de fitas *masters*.

(1) Coisa julgada

O TJRJ, no julgamento da apelação, entendeu que muito embora a EMI devesse franquear o acesso de *João Gilberto* aos fonogramas originais de suas canções, confeccionados ainda na década de 1960, não estava obrigada a entregá-los em caráter definitivo. Isso porque, o contrato firmado ainda estava em vigor e aquela gravadora podia reproduzir e comercializar as canções na mídia então prevista pelas partes, ou seja, em LP's.

Confira-se:

> *A apelada estaria, sim, impedida de remasterizar e comercializar as gravações originais em mídias diversas da existente à época dos contratos*. Isso a despeito do que dispõe a cláusula 6ª do contrato, que não tem o alcance que a apelada forçadamente pretende lhe emprestar. Não poderia, pois, lançar CD's ou comercializar as gravações em mídia digital, tecnologia não existente à época das avenças e que, portanto, nem mesmo poderia ter sido objeto de previsão. É o que, ainda que *obter dictum*, entendeu o STJ no julgamento do REsp 1.098.626:
>
> > Atente-se a que, sendo os instrumentos contratuais escritos muito antigos, celebrados com a *Fábrica Odeon*, antecessora da ré EMI *Music*, (décadas de 1950 e 1960 – fls. 53/56), nem mesmo havia tecnicamente como imaginar o processo de compactação de gravações de CDs, por intermédio de "remasterização", de forma que absolutamente ausente cláusula contratual sobre a matéria, de forma que não se está, positivamente, no campo da interpretação de cláusulas contratuais de contrato celebrado quando as partes contratantes nem mesmo imaginavam, tecnicamente, o então inexistente objeto de contrato - isto é, o CD - compact disc e o trabalho remasterizado.

Observe-se que não se quer, aqui, entrar na discussão acerca do alcance jurídico do julgado do STJ, que tinha por objeto especificamente a remasterização e compilação das gravações originais em um CD intitulado "O Mito". Apenas se faz referência a uma argumentação ou constatação lógica feita por aquele julgado quanto ao alcance dos contratos celebrados entre as partes.

Aqueles contratos não previram a reprodução das gravações em CD ou mídia digital, por se tratar de tecnologia não existente na época. Tal interpretação está em consonância com o que veio a dispor o art. 49, V, da Lei n. 9.610/98: "a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato". Não se quer aplicar retroativamente o referido dispositivo legal aos contratos em tela, mas apenas indicar que a legislação específica que se seguiu adotou entendimento que se escora em um princípio de lógica jurídica, porque respeita a vontade dos contratantes – que não poderiam pactuar sobre uma tecnologia então inexistente.

Contudo, do entendimento de que os contratos celebrados entre as partes não se aplicam as novas mídias criadas não se segue a conclusão de que os referidos contratos tenham se exaurido ou perdido eficácia.

Como observado pela apelada, a despeito do avanço tecnológico, que propiciou as gravações e reproduções em mídias digitais, ainda existe um mercado para as mídias analógicas. As gravações e reproduções em vinil ou LP's ainda existem, e, segundo alguns indicadores configuraria um mercado emergente, que até estaria crescendo.

> *Seja como for, interessante ou não para a apelada do ponto de vista mercadológico a exploração atual das gravações em mídia analógica ou vinil, deve-se reconhecer que, do ponto de vista jurídico, essa possibilidade de exploração ainda existe*, o que é suficiente para que se conclua que os contratos celebrados entre as partes não se exauriram e, por conseguinte, se encontram em vigor (e-STJ, fls. 901/903 - sem destaque no original).

Nos embargos de declaração que se seguiram, *João Gilberto* afirmou que o acórdão recorrido, ao admitir a exploração das gravações em vinil, partiu de premissa equivocada ao entender que não haveria coisa julgada, decorrente dos REsps n. 1.098.626/RJ e 1.472.020/RJ, interditando a comercialização de sua obra em qualquer mídia, sem o devido consentimento.

O TJRJ rejeitou os embargos, afirmando que não haveria ofensa a coisa julgada nos seguintes termos:

> As decisões do STJ invocadas pelo ora embargante não constituem fundamento válido para o manejo dos presentes embargos de declaração. Em primeiro lugar, por não constituírem decisões dotadas de efeito vinculante. Além disso, não se verifica a alegada equivocidade da premissa de que partiu o acórdão embargado. Com efeito, não se demonstrou a alegada violação à coisa julgada (e-STJ, fls. 1.097/1.098).

A mesma alegação de ofensa a coisa julgada foi novamente apresentada em sede de recurso especial. Segundo afirmado, esta Corte Superior, no julgamento dos recursos especiais mencionados anteriormente, vedou de forma categórica a circulação e a comercialização da sua obra em qualquer mídia, inclusive em vinil, sem o devido consentimento.

Vejamos:

Na ação indenizatória cumulada com obrigação de fazer que resultou no REsp 1.098.626/RJ, da relatoria do Ministro *Sidnei Beneti*, o autor, *João Gilberto*, alegou que sua obra havia sido deturpada no processo de *remasterização* levado a efeito para conversão das canções originariamente fixadas em *Long Plays* (LP's), para *Compact Disks* (CD's).

Nessa medida, requereu que a EMI fosse proibida de continuar produzindo e comercializado a obra adulterada indicando, de forma expressa, o CD remasterizado. Anote-se:

> Em face do exposto, pede o Autor: I) sejam as Rés condenadas solidariamente a se absterem, em definitivo, de produzir e comercializar CD's contendo as

> gravações da obra de João Gilberto, no Brasil e no exterior, retirando do mercado todos os exemplares já produzidos, sob pena de pagamento, a partir da citação na medida cautelar (ou de outro termo que V. Exa. fixar), da multa diária de R$ 10.000,00 (a ser corrigida, na forma da lei), sem prejuízo de novas buscas e apreensões e das sanções penais a serem impostas em procedimento próprio. (Doc. 08; fls. 38 dos autos; grifamos) (e-STJ, fl. 4 - REsp 1.472.020/RJ)

Da mesma forma, nas razões do recurso especial, alegou:

> É incontroverso que a obra em assunto foi alterada. Sabe-se, ainda, quem é o responsável pelas alterações indesejadas. O autor das obras pugna, judicialmente, pela imediata abstenção da propagação de sua obra indevidamente alterada e ao mesmo tempo pede que lhe seja conferida indenização tanto pelo uso indevido de sua obra quanto pelo dissabor de ver suas músicas banalizadas em um único compacto feito à sua revelia. Assim, subsumindo-se o fato à norma, temos uma óbvia afronta à legislação federal que trata dos direitos autorais, em especial o artigo 24, IV, da Lei n. 9.610/98 (e-STJ, fls. 5 e 6 - REsp 1.472.020/RJ).

O acórdão do REsp n. 1.098.626/RJ em seu relatório, destacou ter sido requerida a imediata abstenção da propagação da obra indevidamente alterada, acenando, assim, que não houve pedido de proibir a comercialização das canções em suas versões originais.

Referido acórdão reconheceu que a EMI violou os direitos morais do autor *João Gilberto* ao modificar os fonogramas primitivos para comercialização das canções em CD's e, justamente por isso, condenou-a a pagar indenização por danos morais e materiais, proibindo-a, ainda, de produzir e comercializar a obra deturpada pelo processo de remasterização.

Malgrado o reconhecimento desse ato ilícito, não houve restrição à comercialização das canções tal como fixadas nos *masters* e reproduzidas nos LP's vendidos originariamente, até mesmo porque, com relação a esse ponto, não haveria nenhuma ilicitude.

Com efeito, a parte dispositiva do acórdão proibiu apenas a confecção de novos CD's contendo a obra remasterizada sem autorização de *João Gilberto*, ou seja, proibiu somente que, sem o seu consentimento, fosse produzida e explorada a obra alterada pelo processo de remasterização.

Nesse sentido, a seguinte passagem da parte dispositiva do acórdão:

> 6) Observando com referência aos CDs (Compact Discs – Remasterizados), que:
> a) quanto aos já produzidos e comercializados: na congruência do julgamento,

> a infração resolveu-se em perdas e danos, consistentes no acréscimo a ser pago ao autor (n. 3, supra); restou, pelo julgado do Tribunal de origem, sem recurso específico das partes, afastada a pretensão inicial ao recolhimento de aludidos produtos; o recolhimento seria faticamente impossível e "ad impossibilia nemo tenetur", de forma que eventual determinação nesse sentido seria incompatível com a concretude necessária às conclusões judiciais; *b) quanto à eventual produção futura* ***do mesmo CD*** *("Compact Disc"), trata-se de matéria que resta* ***condicionada à contratualidade futura das partes****, que, com criatividade artística, técnica e negocial, poderão explorar a viabilidade de possibilidades novas*, como, por exemplo, a admissão de produção com sintética observação de que originariamente não contou com a autorização do Autor, ora Recorrente, devendo, contudo, ficar bem claro que não há nenhum obstáculo judicial, em consequência do presente julgamento, quer à reprodução dos fonogramas primitivos, quer à do próprio "CD" remasterizado em causa.

Ora, se foi a produção do CD, isto é, dos fonogramas remasterizados que ficou condicionada à contratualidade futura, é porque não se estabeleceu obstáculo à fabricação e comercialização dos LP´s com as canções originais do artista.

Não bastasse a interpretação literal do texto, ainda é possível acrescentar que a parte dispositiva de qualquer decisão judicial precisa ser compreendida a partir do pedido formulado pela parte e da *ratio decidendi* que orientou o julgamento.

Assim, considerando que *João Gilberto* pediu apenas a abstenção de propagação da obra indevidamente alterada (não da sua obra original), e que a ocorrência de modificações por ele não autorizadas constituiu, precisamente, o fundamento jurídico para o deferimento do pedido, parece forçoso concluir que o REsp 1.098.626/RJ, não fez coisa julgada impedindo ou condicionando a comercialização das músicas em sua versão original (não remasterizada) em LPs.

Tampouco há falar em ofensa à coisa julgada que se formou a partir do REsp n. 1.472.020/RJ, de minha relatoria.

Esse segundo recurso especial, vale lembrar, surgiu a partir de uma discussão suscitada na fase de cumprimento de sentença relativamente ao acertamento da obrigação de não fazer.

Naquele processo, a EMI alegou que não estaria proibida de comercializar a obra de *João Gilberto*, porque esta Corte Superior, no julgamento do mencionado REsp 1.098.626/RJ não havia reconhecido uma obrigação de não fazer.

Veio então o acórdão do REsp n. 1.472.020/RJ, de minha relatoria, explicar que, ao contrário do que alegado, o Ministro *Sidnei Beneti*, em seu voto, havia sim determinado a abstenção da comercialização da obra.

Esse aresto não chegou a afirmar, porém, que havia coisa julgada interditando a produção e comercialização das canções originais. Apenas ressaltou que o acórdão transitado em julgado, da relatoria do Ministro *Sidnei Beneti*, encerrava uma obrigação de não fazer.

Confira-se, a propósito, a ementa do mencionado acórdão:

> Recurso especial. Processual Civil. Cumprimento de sentença. Violação do art. 535 do CPC. Omissão inexistente. Obrigação de não fazer. Ofensa aos limites objetivos da coisa julgada (arts. 467, 468 e 471 do CPC). Não ocorrência. Ofensa ao art. 458, II, do CPC. Acórdão exequendo devidamente fundamentado. Recurso especial não provido.
>
> 1. Não há violação ao art. 535 do CPC se foram analisadas as questões controvertidas objeto do recurso pelo Tribunal de origem, afigurando-se dispensável a manifestação expressa sobre todos os argumentos suscitados pelas partes. A decisão apresentou argumentos suficientes para afastar a alegação de que excedeu os limites objetivos da coisa julgada.
>
> 2. A sentença faz lei entre as partes, revestindo-se da autoridade da coisa julgada quanto aos provimentos declaratórios, condenatórios ou constitutivos, que se prolongam no futuro. *No caso, o título executivo judicial (REsp 1.098.626/RJ, de relatoria do Min.* ***Sidnei Beneti****), expressamente decidiu sobre a obrigação de não fazer, consistente na proibição da recorrente produzir e comercializar a obra musical do recorrido sem sua autorização prévia*.
>
> 3. O acórdão exequendo não apresenta o vício da falta de fundamentação porque foi provocado a se manifestar sobre a obrigação negativa. O STJ, conhecendo do recurso especial, julgará a causa (art. 257 do RISTJ).
>
> 4. Recurso especial não provido. (REsp 1.472.020/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 14/12/2015 - sem destaque no original).

Com efeito, jamais se afirmou que haveria coisa julgada proibindo a fabricação e comercialização dos fonogramas originais, ou condicionando referidos procedimentos a celebração de novo contrato entre as partes.

Já na petição de agravo de instrumento que deu origem ao acórdão, é possível verificar que *João Gilberto*, naquela ocasião tal como constatado anteriormente, voltava-se apenas contra a comercialização da obra adulterada e não da obra original.

Confira-se:

> 29. A primeira premissa equivocada assumida pela r. decisão agravada está na conclusão de que v. acórdão do STJ não teria condenado a EMI a não mais comercializar a obra adulterada do músico-agravante.
>
> [...]
>
> 33. *Se o CD remasterizado foi reputado o produto de um ato ilícito, é bastante claro que ele não pode ser livremente comercializado, até porque o objetivo da Justiça é estancar a prática de ilícitos, e não estimulá-los. Esse é o único sentido possível do acórdão do e. STJ – essa é, repita-se, a única premissa fática correta e que fundamenta o pedido de cumprimento forçado da obrigação de não fazer* (e-STJ, fl. 10 - REsp 1.472.020/RJ - sem destaque no original).

A partir da leitura da mesma peça processual, verifica-se que *João Gilberto*, ao contrário, admitia que a EMI produzisse e comercializasse as versões originais das suas canções, pois apenas a comercialização das canções remasterizadas estaria condicionada a "contratualidade futura".

Anote-se:

> 39. Em segundo lugar, *o Exmo. Relator* [Min. *Sidnei Beneti*] *consignou que a produção futura do CD (leia-se, dos fonogramas remasterizados) ficaria condicionada à contratualidade futura das partes* (e-STJ, fl. 13 - REsp 1.472.020/RJ - sem destaque no original).

Cumpre reconhecer que a EMI opôs embargos de declaração no REsp 1.472.020/RJ, pleiteando, justamente, esclarecimentos quanto a extensão da obrigação de fazer reconhecida em juízo, isto é, requerendo que ficasse consignada a ausência de restrições no tocante a comercialização da obra original.

Esses declaratórios foram rejeitados em acórdão assim ementado:

> Processual Civil. Embargos de declaração no recurso especial. Cumprimento de sentença. Omissão. Não ocorrência. Pretensão de ampliar os limites do julgado. Impossibilidade. Embargos rejeitados.
>
> 1. O cabimento dos embargos de declaração se dá apenas nas hipóteses do art. 535 do CPC: para sanar obscuridade, contradição ou para elidir omissão, pronunciando-se sobre ponto essencial.
>
> 2. Não há omissão a ser esclarecida porque o título executivo determinou que a futura comercialização da mídia do artista está condicionada ao que for

> pactuado entre as partes e se for pactuado. Ausente qualquer tratativa nesse sentido, fica proibida a produção e comercialização dos fonogramas.
>
> 3. *As questões suscitadas pela embargante não constituem pontos omissos, mas mera pretensão de ampliar o alcance do julgado para permitir a comercialização da obra musical do artista sem o seu consentimento*.
>
> 4. Embargos de declaração rejeitados.
>
> (EDcl no REsp 1.472.020/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 8/4/2016 - sem destaque no original).

Apesar da advertência consignada na ementa do acórdão, de que a EMI pretendia, na realidade, ampliar o alcance do julgado para permitir a comercialização da obra musical do artista sem o seu consentimento, o fato é que esse já era, precisamente o sentido do julgamento.

Assim, se os embargos de declaração foram rejeitados, não houve nenhum efeito integrativo, isto é, permaneceu inalterado o julgamento original que, repita-se, não havia coibido o comércio da obra original.

Por todo o exposto, não há falar em ofensa a coisa julgada.

Acrescente-se, apenas a título de *obiter dictum*, que a interpretação ampliativa dos acórdãos indicados acima, acabaria, na prática, inviabilizando um contato mais próximo do grande público com a obra de *João Gilberto*.

Considerando o falecimento do artista, não seria mais possível uma nova contratação para permitir a produção e comércio das canções originais em prejuízo do acesso de todos a este que é, inquestionavelmente, um dos maiores compositores e intérpretes da música brasileira.

O primeiro conceito de patrimônio cultural foi trazido pelo art. 1º do Decreto-Lei n. 25/1937, que determinava constituir patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, quer por vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

A Constituição Federal de 1988, em sentido semelhante, dispôs:

> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
>
> I - as formas de expressão;

> II - os modos de criar, fazer e viver;
>
> III - *as criações* científicas, *artísticas* e tecnológicas;
>
> IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
>
> V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

A obra musical de *João Gilberto*, porque vinculada à identidade e memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, como exigido pelo dispositivo constitucional em comento, constitui, inequivocamente, verdadeiro patrimônio cultural brasileiro. Constitui, portanto, um direito coletivo.

Não por outro motivo, o mencionado art. 216 da CF, determina em seu § 1º, que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, deve promover e proteger o patrimônio cultural não apenas por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, mas também através de outras formas de acautelamento e preservação.

CELSO ANTÔNIO PACHECO FIORILLO e RENATA MARQUES FERREIRA, a propósito, encarecem que a tutela institucional e social acima referida busca assegurar, inclusive, o acesso das gerações vindouras ao mencionado patrimônio cultural:

> Ao estabelecer como dever do Poder Público, com a colaboração da comunidade, preservar o patrimônio cultural, a Constituição Federal ratifica a natureza jurídica do bem cultural em face de sua natureza jurídica de bem ambiental, porquanto esse bem é constitucionalmente um bem de uso comum de todos e não um bem pertencente ao Poder Público, tratando-se, pois, de bem objeto de gestão. Um domínio preenchido pelos elementos de fruição (uso e gozo do bem objeto do direito), sem comprometimento de sua integridade, *para que outros titulares, inclusive os de gerações vindouras, possam também exercer com plenitude o mesmo direito* (Tutela Jurídica do Patrimônio Cultural Brasileiro em face do Direito Ambiental Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 546).

Não se trata, portanto, de apenas relembrar a importância de *João Gilberto*, de suas letras e melodias para a cultura nacional e também mundial. Mais do que isso, importa destacar a inconveniência absoluta de uma interpretação que, ao invés de promover e dar visibilidade a esse patrimônio cultural, concorre, justamente, para o seu esquecimento.

O direito moral do autor, intangível e imprescritível, não pode suplantar o direito da sociedade de usufruir das manifestações das culturas populares tão

caras a qualquer nação. Triste a cultura mundial se não pudesse desfrutar das obras de Mozart, Bach, Beethoven ou Villa-Lobos, gênios, qualificação em que também se insere o nome de João Gilberto.

Para tornar simples este enfoque, o capital moral do autor *João Gilberto*, que há de ser protegido, não mais lhe pertence com exclusividade, transmudou-se num capitalismo social, que pode e deve ser acessível a todos, universalmente, como forma de valorizar e difundir toda boa manifestação cultural.

A prevalecer a exegese defendida nas razões do recurso especial para os REsps n. 1.098.626/RJ e 1.472.020/RJ estar-se-ia, em alguma medida, subtraindo por decisão judicial um patrimônio imaterial de toda a coletividade, apagando, por assim dizer, uma contribuição inestimável à cultura mundial. Estar-se-ia, enfim, descumprindo, o art. 216, § 1º, da CF.

(2) O suporte físico da obra imaterial como extensão do direito moral do autor.

Na petição inicial do processo, *João Gilberto* alegou que teria direito a obter os *masters* originais de suas canções e invocou, para tanto, quatro fundamentos: *(2.a)* a ineficácia superveniente do contrato em razão da ausência de proveito econômico na manutenção dos *masters* em poder da EMI, que por decisão judicial transitada em julgado, não poderia mais reproduzir e comercializar os fonogramas com suas canções; *(2.b)* a nulidade da cláusula contratual que previa a transferência definitiva da propriedade dos fonogramas originais à EMI; *(2.c)* a resolução do contrato operada em virtude da remasterização não autorizada de suas canções; e, finalmente, *(2.d)* a necessidade de prevenir novas modificações indevidas em sua obra.

Confira-se:

> 14. Em primeiro lugar, porque há inúmeras causas de declaração de extinção dos contratos originalmente celebrados. Embora *os contratos contivessem uma leonina previsão de transferência de propriedade*, na verdade, tratava-se de simples contratos atípicos para exploração temporária da produção artística, *cuja base contratual não mais subsiste* há longo tempo. Demais disso, nunca passaram de contratos que previam obrigações muito claras para ambas as partes. As obrigações de João Gilberto muito nitidamente encerraram-se há quase 50 anos, ao passo que os deveres da EMI, por expressas determinações contratuais e pela própria lógica daqueles pactos, sobrevivem até hoje. Em vez de cumpri-los, no entanto, *a ré optou por praticar utilização abusiva e ilícita dessa obra* (já reconhecida pelo Poder Judiciário) — induvidosamente contrária à adequada gestão da produção artística do autor.

> 15. O pedido funda-se também na espúria *violação dos direitos conexos do compositor* que a ré vem impingindo ao autor há décadas (inadimplemento contumaz), bem como os danos de ordem moral e patrimonial daí decorrentes, e que continuam a se perpetuar na sua esfera jurídica. Sabe-se que parte desses danos será, de fato, indenizada com a execução do julgado na ação n. 0001020-29.1997.8.19.0001; mas *a fonte da ilicitude não irá cessar enquanto os originais das gravações (os ditos masters) permanecerem com a ré*.
>
> 16. Mas não é apenas isso: por força de decisão transitada em julgado, a ré já não mais pode comercializar as gravações na forma em que se encontram (adulteradas e remasterizadas), nem tampouco alterá-las novamente. Isso significa que, mantendo-se em poder da ré os *masters*, não apenas se priva o criador de poder sobre elas trabalhar e recriar, mas sobretudo se garante a ela, ré, uma titularidade de *propriedade sem qualquer utilidade e despida de função social*, o que não se coaduna com a nossa ordem constitucional.
>
> [...]
>
> os malsinados "contratos de locação" já não mais podem subsistir * hígidos na ordem jurídica, dado o flagrante abuso praticado pela gravadora, que ilicitamente alterou as gravações do autor, lançando-as alteradas no mercado e obtendo vantagem ilícita à custa daquele mesmo contrato de cinquenta anos atrás, o qual, aliás, vem sendo inadimplido por mais de vinte anos, com a retenção indevida de todos os valores relacionados à comercialização da obra de João Gilberto... (e-STJ, fls. 8/9 e 14 - sem destaque no original).

(2.a) Coisa julgada e interesse econômico

O primeiro e principal fundamento invocado por *João Gilberto* para reivindicar os *masters* de suas canções originais seria a existência de coisa julgada impedindo a EMI de comercializar sua obra. Referida circunstância, segundo alegado, esvaziaria o interesse econômico daquela gravadora em permanecer com os fonogramas originais.

Confira-se, a propósito, além da já transcrita passagem da petição inicial, o seguinte trecho das razões do recurso especial:

> 12. Logo, este Tribunal Superior está sendo chamado para responder às seguintes questões: (i) poderia a Corte local autorizar a comercialização da obra do artista pela gravadora, em formato vinil, apesar da vedação expressa imposta pelo STJ em decisão definitiva e transitada em julgado? (ii) diante da proibição de comercialização, existe alguma utilidade econômica para que a EMI mantenha sob sua posse as fitas *masters* nas quais está gravada a obra artística do intérprete?; (iii) não havendo utilidade econômica, as fitas não devem ser retornadas ao artista, único que, de acordo com a lei, é o titular da dignidade moral da obra e o

> único que, a partir da proibição de comercialização pela gravadora determinada pelo STJ, detém a prerrogativa de voltar a explorar economicamente a obra? (e-STJ, fl. 1.111).

A partir da leitura do *item 1* anteriormente apresentado, porém, já ficou suficientemente esclarecido que esta Corte Superior, no julgamento do REsp n. 1.098.626/RJ, da relatoria do Ministro *Sidnei Beneti*, apenas proibiu a comercialização da obra remasterizada, isto é, daquela que foi modificada indevidamente, sem autorização do artista. Isso não foi modificado no julgamento do REsp n. 1.472.020/RJ, de minha relatoria.

Dessa forma, não haveria obstáculo, conforme consignado pelo acórdão recorrido, para que a EMI comercializasse as canções em suas versões originais, sobretudo na mídia prevista pelo próprio contrato, que era o *Long Play* (LP's), tendo em vista o disposto no art. 49, V, da Lei n. 9.610/98, nos termos do qual a cessão dos direitos patrimoniais do autor "*só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato*".

Assim, considerando que os *masters* foram criados justamente para permitir a reprodução das canções em LP's, e, da mesma forma, que existe interesse econômico, ao menos em tese, na comercialização desses LP's, haveria, ao contrário do que alegado no recurso especial, razoável justificativa para manter a EMI na posse desses bens.

Repita-se, nesse sentido, o seguinte excerto do acórdão recorrido:

> [...] a despeito do avanço tecnológico, que propiciou as gravações e reproduções em mídias digitais, ainda existe um mercado para as mídias analógicas. As gravações e reproduções em vinil ou LP's ainda existem, e, segundo alguns indicadores configuraria um mercado emergente, que até estaria crescendo.
>
> *Seja como for, interessante ou não para a apelada do ponto de vista mercadológico a exploração atual das gravações em mídia analógica ou vinil, deve-se reconhecer que, do ponto de vista jurídico, essa possibilidade de exploração ainda existe*, [...] (e-STJ, fls. 901/903 - sem destaque no original).

Incabível, portando, cogitar de ausência de interesse econômico da EMI em se manter na posse dos *masters*.

(2.b) Nulidade da cláusula contratual que previa a transferência definitiva da propriedade dos masters por ofensa aos seus direitos morais de autor.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro afirmou que *João Gilberto* não poderia obter a posse ou a propriedade dos *masters* originais de seus álbuns, porque aqueles fonogramas foram adquiridos contratualmente pela EMI.

Anote-se, a propósito, a seguinte passagem do acórdão estadual:

> O direito de propriedade da empresa apelada sobre as disputadas fitas *masters* encontra apoio no que foi estabelecido na cláusula quinta do primeiro contrato celebrado entre as partes: "Fica a critério da *Fábrica* a publicação em qualquer tempo e a retirada temporária ou definitiva das gravações feitas pelo *Artista*, podendo a *Fábrica* continuar a fabricá-las e a vendê-las no país e no estrangeiro, sob qualquer marca, mesmo depois de findo o prazo do presente contrato, ciente o *Artista*, serem ditas gravações de propriedade exclusiva da *Fábrica*, que deles poderá dispor livremente." (fls. 381, indexador 386). A cláusula foi repetida no contrato celebrado em 1960 (fls. 385 indexador 400) e confirmada no instrumento de alteração e ratificação de fls. 390 (e-STJ, fl. 900).

Nas razões de seu recurso especial, *João Gilberto* alegou que referida estipulação contratual violaria os arts. 22 e 24, incisos IV e V, da Lei n. 9.610/98, nos termos dos quais ele teria direito não apenas à dimensão imaterial de sua obra, mas também ao suporte físico no qual essa obra intelectual foi fixada.

Veja-se:

> 67. Outra forma de enquadrar-se a violação em que incorreu o acórdão consubstancia-se no fato de que a proteção ao suporte físico que contém a obra originária do Recorrente é verdadeira decorrência do próprio direito moral do artista, cujo resguardo normativo é garantido pelos arts. 22 e 24, IV e V, também da Lei de Direitos Autorais
>
> [...]
>
> 69. *A transmudação da posse sobre o suporte físico onde está inscrita obra é, em toda a sua essência, um corolário lógico da proteção que a lei confere à dignidade moral de todo e qualquer artista e à sua obra* (e-STJ, fl. 1.129).

Os dispositivos legais mencionados têm a seguinte redação:

> Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou;
>
> [...]
>
> Art. 24. São direitos morais do autor:
>
> [...]

> IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;
>
> V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

Para melhor situar a discussão jurídica estabelecida acerca da posse/propriedade desses *masters*, convém melhor elucidar o que sejam esses objetos.

Com o surgimento dos primeiros aparelhos de gravação de som - como o fonógrafo, em 1877, e o gramofone, em 1888 - surgiu também um novo mercado: o de fonogramas.

Segundo o "Dicionário Priberam da Língua Portuguesa", este vocábulo designa, simplesmente um "registro de som". O art. 5º da Lei n. 6.910/98, a seu turno, fornece um conceito legal em tudo semelhante:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

> [...]
>
> IX - fonograma - toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual;

O primeiro e mais antigo meio de armazenamento de áudio, isto é, a primeira forma de se fabricar um fonograma, surgiu com o advento do cilindro fonográfico, criado por Thomas Edison em 1877. A partir da segunda década do Século XX, o disco feito de goma-laca reproduzido a 78 RPM começou a substituir o cilindro como principal meio para comercialização de fonogramas. Entre a década de 1920 e a de 1940, o disco sofreu diversas alterações tecnológicas que lhe deram sobrevida - como a adoção das gravações eletromecânicas e pequenas mudanças nos processos de gravação e produção que permitiram ganhos sonoros e redução do ruído. Após 1945 os discos passaram a ser fabricados predominantemente de vinil e, com o surgimento do CD, em 1982, este se tornou o meio mais comum para comercialização de fonogramas. Atualmente, esses registros sonoros circulam, sobretudo de forma digital e muitas vezes via plataformas de *streamming* como o Deezer e o Spotify (Disponível na Wikpédia - verbete *masterização de áudio* - Acesso aos 8/2/22).

Em seus primórdios, a fabricação das matrizes dos fonogramas vendidos comercialmente envolvia processos meramente mecânicos. O áudio era captado e gravado diretamente em um disco de cera que depois era pulverizado com pó de grafite e, em seguida, passava por um processo de galvanoplastia para

produção de cópias negativas em cobre que eram chamadas de "carimbos". Estes negativos de cobre eram então utilizados para produzir discos em larga escala através da pressão - carimbagem - que abria sulcos nos discos virgens de goma-laca - amolecida pela ação do vapor. A técnica envolvida nesse processo, naturalmente, modificou-se ao longo do tempo, mas ele continuou a ser essencialmente mecânico por muitos e muitos anos (Disponível na Wikipédia verbete *masterização de áudio* - Acesso aos 8/2/22).

Com o surgimento da fita magnética, porém, a criação das matrizes foi se tornando cada vez mais dependente de operações realizadas após o registro do som. A nova tecnologia permitiu, em primeiro lugar, que se fizessem edições de gravações realizadas em diferentes momentos, selecionando os melhores trechos de cada *take*, para montar a versão definitiva. Depois disso, o advento do *overdub* – ou *overdubbing* –, técnica que possibilitava a sobreposição de gravações, permitiu a criação de efeitos sonoros ainda mais sofisticados. Em seguida, vieram os gravadores multipistas, ou *multitrack*, que permitiam o registro dos sons de cada instrumento de forma independente, oferecendo múltiplas possibilidades artísticas.

Hoje, a produção em estúdio das matrizes envolve não apenas o trabalho técnico de captação e fixação do som, mas também a atividade criadora de produtores, cantores, instrumentistas, arranjadores, técnicos e engenheiros de som que atuam em cinco fases distintas: pré-produção, gravação, edição, mixagem e masterização (FREDERICO ALBERTO BARBOSA MACEDO. O processo de produção musical na indústria fonográfica. Disponível em: http://www.rem.ufpr.br/_REM/REMv11/12/12- Macedo-Producao.pdf. Acesso aos 9/12/2021).

A masterização é, portanto, o passo final no processo de pós-produção do áudio. Ela tem por objetivo balancear os elementos em uma *mix* em estéreo e otimizar a reprodução em todo tipo de sistema de som e formatos de mídia.

Nesse sentido, a lição de NEHEMIAS GUEIROS JR.:

> 1.3 A masterização. A mixagem foi um procedimento que só começou a ser adotado em larga escala na década de 60, e sua difusão na indústria musical foi proporcional à evolução tecnológica dos equipamentos de gravação e dos suportes materiais fonográficos, capazes de portarem sons e/ou imagens. Mas com a chegada da revolução digital, na década de 80, um terceiro processo de finalização da gravação foi introduzido pelo mercado: a masterização, que vem do inglês masterizing ou masterization. Constitui um processo eletrônico destinado a conferir excelência de qualidade sonora ao produto musical, ajustando, acertando

> e eliminando piques de alta e baixa frequência na linha musical, harmonizar todas as complexas estruturas resultantes de uma faixa musical pronta e mixada e realizar a edição da música, definindo o começo e o fim da faixa (O Direito Autoral no Show Business, 3ª ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005. p. 243)

De rigor reconhecer, nesses termos, que a criação da matriz ou do master como muitas vezes, por metonímia, é designado o resultado final desse processo constitui, por si só, uma obra artística (JORGE MANOEL MOITA CARVALHO. Masterização M/S: uma técnica criativa. Escola das Artes da Universidade Católica Portuguesa - Dissertação de mestrado, 2013).

Apesar disso, não há como ultrapassar a constatação de que referido produto, porque encerra um registro sonoro materializado num meio físico, é, antes de tudo, um fonograma tal como definido pelo art. 5º, IX, da Lei n. 6.910/98.

Isso é fundamental, porque o direito autoral distingue de forma muito clara aquilo que se convencionou chamar de *corpus misticum*, que é a criação autoral propriamente dita, isto é, a obra imaterial fruto do espírito criativo humano, e o *corpus mechanicum*, que é, simplesmente, o meio físico no qual ela se encontra materializada.

DENIS BORGES BARBOSA, de forma sintética e precisa, assinala a importância dessa distinção afirmando que ***o direito autoral protege a obra imaterial, a criação autoral, e não o meio físico onde ela se incorpore*** (Direito de Autor. Questões fundamentais de Direito de Autor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 11).

De fato, a Lei n. 9.610/98, relaciona entre as obras intelectuais protegidas pelo direito autoral as composições musicais, tenham elas letra ou não (art. 7º, V), mas não dispensa nenhuma proteção especial ao meio físico, ao *corpus mechanicum* onde fixada a composição musical.

Assim, se a própria exploração econômica do direito do autor pode ser cedida a terceiros mediante contrato (via de regra oneroso), com mais razão também pode ser alienado a terceiros, os meios físicos que servem de substrato material à criação imaterial do autor tornando-a sensível aos sentidos humanos.

Quem adquire um livro ou um vinil passa a ser, doravante, o proprietário desse objeto, desse *corpus mechanicum*. Isso não diminui, em nenhuma medida os direitos de autor daquele que escreveu o livro ou compôs as canções.

No caso das obras musicais, aliás, o modelo predominante de exploração econômica foi, durante muito tempo, a reprodução de canções em meios físicos (vinis, CD's, fitas cassetes, etc), para posterior disponibilização ao público. E

jamais se cogitou afirmar que o autor das canções fixadas nessas mídias seria o dono dessas mídias, apenas porque compôs ou executou as músicas que nelas se continham.

Considerando, portanto, que o *master* tal como sucede às cópias que podem ser extraídas a partir dele, representa, essencialmente, um meio físico para registro da obra musical, isto é, uma forma de apresentação do fonograma, não parece razoável afirmar que ele pertença, necessariamente, ao autor da obra musical.

Sem prejuízo da distinção técnico-qualitativa que existe entre a matriz e as cópias, ambas constituem, em última análise, bens corpóreos, e, na condição de *corpora mechacica* podem ser livremente alienados.

Bem por isso, não se vê nenhuma ilegalidade flagrante na cláusula contratual que estabeleceu a transferência definitiva da propriedade dos *masters* para a EMI.

Não se vislumbra nenhum fundamento jurídico para afirmar que os direitos morais do autor teriam aptidão para, nas palavras utilizadas pela petição recursal, "transmutar a posse ou a propriedade" do meio físico no qual gravada a criação imaterial.

O *master*, assim como o vinil que dele foi copiado, uma vez alienado, passa ao patrimônio de quem o adquiriu.

Se o compositor/intérprete de uma canção não pode reivindicar a posse/propriedade de um vinil já comercializado com fundamento em uma suposta transmutação operada pelo seu direito moral de autor, tampouco pode fazê-lo em relação aos *masters*, uma vez que estes são apenas uma forma diferenciada de apresentação do mesmo fonograma.

Ainda com relação ao tema, vale acrescentar que os artigos de lei apontados como violados nas razões do recurso especial não dão suporte à pretensão formulada.

Em suma, os arts. 22 e 24, V e VI, da Lei n. 9.610/98, pelo seu conteúdo normativo, não conferem ao autor/intérprete a possibilidade de reivindicar *masters*, matrizes ou gravações originais como um desdobramento necessário dos seus direitos de personalidade.

(2.c) Da resolução do contrato pela remasterização não autorizada

Com relação ao tema existe uma consideração importante a ser feita: muito embora a petição inicial tenha requerido o desfazimento do contrato

com fundamento no inadimplemento caracterizado pela remasterização não autorizada, conforme exposto no início desse tópico, as razões do recurso especial não repetiram esse mesmo pedido.

Com efeito, na petição recursal não foi alegada ofensa, por exemplo, ao art. 475 do CC/02, nos termos do qual *a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato*.

Aliás, o acórdão recorrido nem sequer tratou do tema, tendo simplesmente afirmado que o contrato permanecia válido o que viabilizava a exploração das canções em suas versões originais em LP's pela EMI.

A irresignação recursal efetivamente apresentada, por sinal com base apenas na alínea *c*, do permissivo constitucional, afirmou simplesmente que *João Gilberto* faria jus aos *masters*, porque o contrato foi desfeito em razão da remasterização não autorizada, levada a efeito pela EMI.

Como se vê, as razões recursais partem da premissa de que o contrato foi desfeito para, com base nisso, pedir a devolução dos *masters*.

O pedido recursal (e a respectiva causa de pedir) são apresentados de modo sintético, mas bastante claro, em forma de questionamento, na seguinte passagem do especial:

> (...) o artista que teve a sua obra mutilada e denegrida por uma gravadora pode ser forçado a manter a sua obra prima depositada com esta mesma gravadora que, diga-se, reiteradamente, se mostrou indigna de exercer essa função cuja tônica é a fidúcia? (e-STJ, fl. 1.129).

Para amparar o pedido de obtenção dos *masters* por força da modificação não autorizada de suas canções, *João Gilberto* simplesmente suscitou dissídio jurisprudencial em relação a acórdão desta Corte Superior, assim ementado:

> Processo Civil. Agravo interno. Juízo de admissibilidade do recurso especial na instância de origem. Incursão no mérito. Art. 105, III, *a*, CF. Possibilidade. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Apreciação dos pontos relevantes. Fitas *master*. Art. 98, Lei 5.988/73. Agravo desprovido.
>
> I - É possível o juízo de admissibilidade adentrar o mérito do recurso, na medida em que o exame da sua admissibilidade, pela alínea a, em face dos seus pressupostos constitucionais, envolve o próprio mérito da controvérsia.
>
> II - Não nega a prestação jurisdicional o acórdão que aprecia os pontos relevantes ao deslinde da causa, sem incorrer nos vícios passíveis de correção pela via dos embargos declaratórios.

> III - Uma vez desfeito judicialmente o contrato que permitia a utilização das fitas master pela produtora, não há razões para a permanência em poder desta de objeto do qual não possa fazer uso.
>
> IV - A existência ou não de concurso de várias pessoas para a realização da obra artística dependeria, no caso, do reexame das provas e da interpretação das cláusulas contratuais, vedados a esta instância especial.
>
> (AgRg no Ag 213.570/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 8/3/2000)

Mas o dissídio jurisprudencial não pode ser admitido por dois fundamentos: primeiramente, porque o acórdão paradigma se debruça sobre artigo de lei não examinado no aresto vergastado, o art. 98 da Lei n. 5.988/73; em segundo lugar, porque existe uma diferença essencial entre a moldura fática dos casos confrontados.

A partir da leitura do acórdão recorrido, é possível perceber que não foi examinado, em nenhum momento, o art. 98 da Lei n. 5.988/73 ou o seu conteúdo normativo. Assim, para efeito de cabimento do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional, não é possível sustentar que a Corte Fluminense tenha conferido a esse dispositivo de lei interpretação diversa daquela conferida por esta Corte Superior no julgamento do AgRg no Ag 213.570/RJ.

Paralelamente, no caso do acórdão paradigma, houve prévia "rescisão" judicial do contrato. Nesses termos, a devolução dos *masters* se apresentava, naquela oportunidade, como um consectário natural dessa "rescisão", uma vez que a produtora musical não podia mais explorá-los comercialmente.

Confira-se, a propósito, as seguintes passagens do voto proferido pelo Relator do caso, o saudoso Ministro *Sálvio de Figueiredo*:

> No caso dos autos, o contrato firmado pelas partes, no qual o agravado cedia todos os direitos sobre os fonogramas reconhecendo serem eles de propriedade da agravante, foi "rescindido" judicialmente.
>
> [...]
>
> Finalmente, porque não há razão prática para que a produtora permaneça com as fitas *masters* se não possui mais os direitos sobre a obra e, consequentemente, não poderá mais comercializá-las.
>
> [...]
>
> 3. Em relação à violação do art. 98 da Lei 5.988/73, o contrato que permitira a utilização das fitas pela produtora restou desfeito por decisão judicial, não

> havendo mais interesse da agravante em permanecer com o objeto do qual não pode fazer uso.

Mas, na hipótese dos autos, como já destacado, o contrato firmado entre *João Gilberto* e EMI não foi desfeito, permanece hígido. Além disso, já se reconheceu que a EMI ainda pode comercializar as gravações musicais em suas versões originais. Daí resulta que ela tem inegável interesse jurídico e econômico em permanecer na posse dos *masters*.

A rigor, o acórdão paradigma não corrobora a tese defendida por *João Gilberto* no recurso especial, servindo, ao contrário, justamente para desautorizá-la, pois a partir de uma interpretação *a contrario sensu* da *ratio decidendi* ali apresentada, pode-se afirmar que, no caso concreto, os *masters* não deveriam ser devolvidos ao artista.

(2.d) Necessidade de prevenir novas modificações indevidas

João Gilberto alegou em sua petição que a devolução dos *masters* se impunha como forma de prevenir novas violações ao seu direito de autor.

> [...] a fonte da ilicitude não irá cessar enquanto os originais das gravações (os ditos *masters*) permanecerem com a ré (e-STJ, fl. 8).

Nas razões do recurso especial, essa argumentação não foi reiterada ou pelo menos não o foi de forma consistente, razão pela qual não pode ser examinada nesta oportunidade.

Acrescente-se, apenas a título de *obiter dictum*, que o exame desse argumento resvalaria, de qualquer modo, na Súmula n. 7 do STJ, pois intrinsecamente ligado à prova dos autos. Com efeito, não há notícia de que a EMI tenha comercializado as obras musicais de *João Gilberto* com modificações não autorizadas após o trânsito em julgado do REsp n. 1.098.626/RJ. Tampouco foi destacado pelas instâncias de origem que a melhor forma de inibir referida conduta ilícita é determinar a devolução dos *masters* ao autor.

(3) Da interpretação extensiva do contrato

As razões do recurso especial afirmaram, por fim, que, os arts. 4º e 49 da Lei n. 9.610/98 impediriam uma interpretação do contrato em prejuízo aos direitos morais do autor, interditando, por isso, a conclusão de que houve uma compra e venda dos *masters* pela EMI.

No caso dos autos, a confecção dos fonogramas reclamados ocorreu com a finalidade precípua de viabilizar a reprodução e comercialização das músicas em LP's. Eles foram criados e permaneceram com a EMI, vale insistir, porque isso era necessário, segundo o modelo de negócio então praticado e de acordo com a tecnologia então existente, para viabilizar a exploração econômica da obra musical de *João Gilberto*, mediante a remuneração avençada pelas partes.

Conforme destacado em itens anteriores, esses *masters*, como qualquer outro fonograma (CD, LP, vinil, etc.) constituem apenas o suporte material em que fixada a criação espiritual do autor e, nessa medida, podem ser livremente negociados pelas partes.

Não há falar, portanto, em uma proibição legal à sua compra e venda.

Fixada essa premissa, impende concluir que a discussão suscitada no recurso especial quanto a interpretação ampliativa ou restritiva do contrato, esbarra francamente na Súmula n. 5 do STJ.

Registre-se que a Corte Fluminense jamais afirmou que o contrato poderia ser interpretado ampliativamente em desfavor do artista. Disse apenas que os *masters* seriam, por força desse contrato, propriedade da EMI.

Confira-se:

> O direito de propriedade da empresa apelada sobre as disputadas fitas *masters* encontra apoio no que foi estabelecido na cláusula quinta do primeiro contrato celebrado entre as partes: "Fica a critério da *Fábrica* a publicação em qualquer tempo e a retirada temporária ou definitiva das gravações feitas pelo *Artista*, podendo a *Fábrica* continuar a fabricá-las e a vendê-las no país e no estrangeiro, sob qualquer marca, mesmo depois de findo o prazo do presente contrato, ciente o *Artista*, serem ditas gravações de propriedade exclusiva da *Fábrica*, que deles poderá dispor livremente." (e-STJ, fl. 900).
>
> [...]
>
> Além disso, não parece razoável o entendimento de que o *corpus mechanicum* em que se encontram materializadas as interpretações não tenha, em si, um valor a ser considerado, seja do ponto de vista econômico, seja do ponto de vista jurídico. Assim como a primeira edição de uma obra literária tem seu valor histórico e econômico, a fita em que se encontra a gravação original da obra musical pode ter, para além do valor do *corpus misticum*, um valor intrínseco.
>
> Assim, deve-se reconhecer o direito de propriedade da apelada às fitas *masters* (e-STJ, fl. 906).

A discussão não diz respeito, portanto a possibilidade ou impossibilidade de se conferir interpretação ampliativa ao contrato. Diz respeito, sim, a correta

interpretação da avença: enquanto, o TJRJ afirma que a avença estabelecia a propriedade dos *masters* em favor da EMI, *João Gilberto* afirma que ela não teria esse conteúdo.

Incide, portanto, a Súmula n. 5 do STJ, com a seguinte redação: *A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial*.

Em síntese:

(i) O recurso especial de EMI deve ser desprovido. Isso, porque a pretensão deduzida em juízo por *João Gilberto*, de obter os *masters* de suas canções originais, não está calcada em fundamentos econômicos, mas nos direitos morais do autor que, alegadamente, concederiam a ele a posse e a propriedade sobre referidos bens.

(ii) O recurso especial de *João Gilberto*, tampouco pode prosperar, uma vez que:

a - O REsp n. 1.098.626/RJ, da relatoria do Ministro *Sidnei Beneti*, de acordo com o pedido então formulado, com a ratio decidendi que orientou o julgamento e com o dispositivo do acórdão, não proibiu a EMI de continuar produzindo e comercializando as canções originais de *João Gilberto* em LP's.

b - Naquela oportunidade, apenas foi interditado o comércio do CD contendo as versões remasterizadas da obra musical do artista sem a devida autorização.

c - O REsp n. 1.472.020/RJ, de minha relatoria, tampouco vedou a exploração econômica do repertório musical em sua versão original, apenas reconheceu que o acórdão relatado pelo Ministro *Sidnei Beneti*, encerrava uma obrigação de não fazer.

d - Inexiste, portanto, coisa julgada, proibindo a EMI de produzir e comercializar, em LP, as canções contidas nos *masters*; razão pela qual se reconhece o interesse não apenas jurídico, mas também econômico dessa gravadora em permanecer na posse desses bens.

e - A interpretação do título executivo defendida nas razões do recurso especial sonegaria do grande público, em alguma medida, um patrimônio imaterial coletivo, apagando, por assim dizer, uma contribuição inestimável à cultura ocidental em franca ofensa ao art. 216, III, e § 1º, da CF.

f - Além disso, o *master*, como qualquer outro fonograma definido pelo art. 5º, IX, da Lei n. 6.910/98, constitui, um meio físico continente da obra imaterial do autor e, na condição de bem corpóreo (*corpus mechanicum*), pode ser livremente alienado.

g - O pedido de resolução do contrato com base do inadimplemento (caracterizado pela remasterização não autorizada) e subsequente devolução dos *masters* veio amparado exclusivamente em dissídio jurisprudencial que, todavia, não pode ser conhecido por ausência de similitude fática.

h - A alegação de que o contrato teria sido interpretado ampliativamente de modo a prejudicar os direitos do autor esbarra na Súmula n. 5 do STJ.

Nessas condições, pelo meu voto, ***nego provimento*** ao recurso especial de EMI e ***conheço parcialmente*** o recurso especial de *João Gilberto* para, nessa extensão, ***negar-lhe provimento***. Finalmente, ***majoro*** em 5% o valor dos honorários advocatícios sucumbenciais anteriormente fixados em desfavor de *João Gilberto*, na forma do art. 85, § 11, do NCPC.

RECURSO ESPECIAL N. 1.827.060-SP (2019/0208031-1)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino
Recorrente: Queiroz Galvão Desenvolvimento Imobiliário S.A. Em Recuperação Judicial
Advogados: Rosangela Benedita Gazdovich - SP252192
Karina Alencar da Silva Pereira - SP359061
Carolina Rinaldi da Silva - SP385673
Recorrente: Fernandez Mera Holding e Participacoes Ltda
Advogados: Hélio Pinto Ribeiro Filho - SP107957
Fabiane Lima de Queiroz - SP188086
Maria Rafaela Guedes Pedroso Porto - SP207247
Recorrido: Rosangela Macedo Felix
Recorrido: Jose Antonio Guaraldi Felix
Advogados: Ricardo Cerqueira Leite - SP140008
Daniela Araujo Espurio - SP143401
Maria Fernanda Silva Sousa - SP307376

EMENTA

I. Recurso especial. Direito do Consumidor e Processual Civil. Incorporação imobiliária. Legitimidade passiva da incorporadora

para o pedido de restituição da SATI. Tema 939/STJ. Cláusula penal moratória. Previsão para o caso de atraso na entrega da obra. Cessação na data do Habite-se. Descabimento. Termo 'ad quem'. Data da efetiva entrega das chaves. Tema 966/STJ. Sucumbência recíproca. Pretensão de redimensionamento. Ausência de prequestionamento. Óbice da Súmula 282/STJ.

1. Legitimidade passiva da incorporadora para responder pela restituição do valor cobrado pelo serviço assessoria técnico-imobiliária - SATI, nos termos do Tema 939/STJ.

2. Incidência da cláusula penal pertinente ao atraso na entrega da obra até à data da efetiva entrega das chaves, sendo descabida a pretensão de cessação dessa parcela indenizatória na data da concessão do "Habite-se" (Tema 996/STJ).

3. Ausência de prequestionamento do enunciado normativo do art. 86 do CPC/2015, tornando-se inviável de conhecimento a insurgência contra a distribuição dos encargos sucumbenciais, em virtude do óbice da Súmula 282/STF.

4. *Desprovido, com majoração de honorários, o recurso especial interposto por Queiroz Galvão Desenvolvimento Imobiliário S.A.*

II. Recurso especial. Direito do Consumidor e Processual Civil. Incorporação imobiliária. Atraso na entrega da unidade autônoma. Responsabilização solidária da imobiliária. Descabimento. Ausência de violação ao dever de informação por parte da imobiliária. Inocorrência das hipóteses legais de responsabilidade solidária. Precedentes. Improcedência do pedido. Teoria da asserção. Primazia do julgamento de mérito.

1. Controvérsia acerca da responsabilidade solidária da empresa imobiliária pelo atraso da obra do empreendimento que intermediou perante os adquirentes das unidades autônomas.

2. Nos termos do art. 265 do Código Civil: "a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes".

3. Existência de recentes precedentes desta Corte Superior no sentido de que a empresa que atuou na intermediação imobiliária não responde solidariamente com a incorporadora pelo atraso na

entrega da obra, salvo nas hipóteses de falha do serviço de corretagem ou de envolvimento da corretora nas atividades de incorporação e construção.

4. Caso concreto em que se fez constar na publicidade do empreendimento a logomarca da imobiliária, ao lado da logomarca da incorporadora.

5. Tratando-se de logomarcas distintas, essa publicidade atende ao requisito da clareza da informação, permitindo-se identificar a empresa responsável pela edificação do empreendimento imobiliário, e aquela responsável pela comercialização das unidades, não sendo possível extrai-se desse fato conclusão no sentido de que a imobiliária seria parceira da incorporadora também na incorporação e na construção do empreendimento, de modo a se responsabilizar solidariamente a imobiliária.

6. Ausência de violação do dever de informação acerca do possível atraso na obra, uma vez que a possibilidade de atraso é inerente ao vínculo contratual e, ademais, o contrato previa prazo de tolerância e cláusula penal para essa hipótese, de modo que a alegada ênfase do corretor de imóveis na pontualidade do empreendimento não passaria de mero 'dolus bonus'.

7. Não se verificando hipótese legal ou contratual de solidariedade entre as empresas demandas, impõe-se a reforma do acórdão recorrido para excluir a imobiliária da condenação solidária ao pagamento da parcela indenizatória.

8. Com base na teoria a asserção, a conclusão pela ausência de responsabilidade solidária da imobiliária conduz, no caso dos autos, à improcedência do pedido, não à ilegitimidade da imobiliária. Precedentes sobre a teoria da asserção.

9. Prejudicialidade da alegação de negativa de prestação jurisdicional, tendo em vista a aplicação dos princípios da primazia do julgamento de mérito e da duração razoável do processo, no presente julgamento.

10. *Provido o recurso especial de Fernandez Mera Holding e Participações Ltda*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade, negar provimento ao recurso especial interposto por Queiroz Galvão Desenvolvimento Imobiliário S.A. e dar provimento ao recurso especial de Fernandez Mera Holding e Participações Ltda, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dra. Maria Fernanda Silva Sousa, pela parte recorrida: Rosangela Macedo Felix e Outra

Brasília (DF), 22 de fevereiro de 2022 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 25.2.2022

EMENTA

Recurso especial. Direito do Consumidor e Processual Civil. Incorporação imobiliária. Legitimidade passiva da incorporadora para o pedido de restituição da SATI. Tema 939/STJ. Cláusula penal moratória. Previsão para o caso de atraso na entrega da obra. Cessação na data do Habite-se. Descabimento. Termo 'ad quem'. Data da efetiva entrega das chaves. Tema 966/STJ. Sucumbência recíproca. Pretensão de redimensionamento. Ausência de prequestionamento. Óbice da Súmula 282/STJ.

1. Legitimidade passiva da incorporadora para responder pela restituição do valor cobrado pelo Serviço Assessoria Técnico-Imobiliária - SATI, nos termos do Tema 939/STJ.

2. Incidência da cláusula penal pertinente ao atraso na entrega da obra até à data da efetiva entrega das chaves, sendo descabida a pretensão de cessação dessa parcela indenizatória na data da concessão do "Habite-se" (Tema 996/STJ).

3. Ausência de prequestionamento do enunciado normativo do art. 86 do CPC/2015, tornando-se inviável de conhecimento a

insurgência contra a distribuição dos encargos sucumbenciais, em virtude do óbice da Súmula 282/STF.

4. *Recurso especial desprovido, com majoração de honorários*.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por *Queiroz Galvão Desenvolvimento Imobiliário Ltda* em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

> *Apelação*. Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais. Promessa de Compra e Venda. Alegação de atraso na entrega da unidade, ilegalidade da cobrança de comissão de corretagem e da taxa SATI, a aplicação da multa por mora da alienante prevista na cláusula 9.3 do contrato firmado entre as partes, a indenização por danos materiais consubstanciada em lucros cessantes e danos morais. Sentença de parcial procedência. Inconformismo das partes: dos autores, alegando, basicamente, o direito a restituição do valor pago a título de corretagem, uma vez que tal cobrança é ilegal, e que deve ser considerada como termo final da multa contratual por mora da alienante, a data da efetiva entrega das chaves; da ré *Fernandez Mera*, suscitando preliminares de ausência de interesse processual e ilegitimidade passiva com relação ao descumprimento do contrato e, alegando, no mérito, a impossibilidade de arcar com o pagamento da multa por mora contratual e a não devolução do valor pago pelos autores a título de taxa SATI; da ré *Queiroz Galvão*, suscitando preliminar de ilegitimidade passiva com relação a devolução do valor pago pelos autores a título de taxa SATI e, alegando, no mérito a legalidade de tal cobrança, e que o ônus de sucumbência deve ser proporcional, uma vez que os apelados foram vencidos em 90% dos pedidos. Acolhimento apenas da insurgência dos autores contra o termo final da multa moratória, para o qual deve ser considerada a data da entrega das chaves. Legitimidade passiva das rés para responderem a todos os pedidos dos autores. Comissão de corretagem devida. Autores que foram previamente informados da obrigação de pagamento de seu respectivo valor. Cobrança de Taxa SATI considerada abusiva. Entendimento sedimentado pelo C.S.T.J em sede de recurso repetitivo-Recurso parcialmente provido dos autores e desprovidos os das rés. (fl. 1.187)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 1.228/32).

Em suas razões, a incorporadora recorrente, sob alegação de ofensa aos arts. 86 e 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, além dos arts. 876 e 884 do Código Civil, pleiteia a reforma do acórdão recorrido para: (a) declarar a

ilegitimidade passiva para o pedido referente à restituição da SATI; (b) retroagir o termo ad quem da multa contratual até à data da expedição do "Habite-se"; e (c) alterar a distribuição dos encargos sucumbenciais.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Contrarrazões às fls. 1.291/1.320.

Houve também interposição de recurso especial por *Fernandez Mera Negócios Imobiliários*, recurso que será objeto de voto apartado.

É o relatório.

VOTO

O recurso especial não merece ser provido.

A controvérsia diz respeito às indenizações devidas em virtude de atraso na entrega do imóvel, e à legitimidade passiva para o pedido de restituição do valor do Serviço de Assessoria Técnico-Imobiliária (SATI).

Inicialmente, no que tange à SATI, a alegação de ilegitimidade passiva da incorporadora desafia o entendimento firmado por esta Corte Superior no julgamento do Tema 939/STJ, abaixo transcrito:

> *Tema 939/STJ* - Legitimidade passiva 'ad causam' da incorporadora, na condição de promitente-vendedora, para responder pela restituição ao consumidor dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa de assessoria técnico-imobiliária, nas demandas em que se alega prática abusiva na transferência desses encargos ao consumidor.

De outra parte, no que tange ao termo ad quem da multa contratual, o acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento desta Corte Superior, também firmado sob o rito dos repetitivos, no sentido de que o referido termo é a data da disponibilização da posse direta da unidade autônoma já regularizada.

Refiro-me ao Tema 996/STJ, abaixo transcrito:

> *Tema 996/STJ* - O atraso da entrega do imóvel objeto de compromisso de compra e venda gera, para o promitente vendedor, a obrigação de indenizar o adquirente pela privação injusta do uso do bem, na forma de valor locatício, que pode ser calculado em percentual sobre o valor atualizado do contrato ou de mercado, correspondente ao que este deixou de receber, ou teve de pagar para fazer uso de imóvel semelhante, com termo final na data da disponibilização da posse direta da unidade autônoma já regularizada.

No que tange à insurgência contra a distribuição dos encargos sucumbenciais, o recurso não merece ser conhecido, pois a controvérsia pertinente ao art. 86 do CPC/2015 não foi enfrentada pelo Tribunal de origem, carecendo o tema do necessário prequestionamento (óbice da Súmula 282/STF).

Sobre os encargos da sucumbência, o Tribunal de origem sequer conheceu do recurso.

Confira-se o seguinte trecho do acórdão recorrido:

> Por fim, deixo de apreciar a alegação da corré *Galvão Queiroz* quanto à distribuição proporcional da sucumbência, uma vez que tal questão já foi resolvida quando do acolhimento dos seus Embargos de Declaração.
>
> (fl. 1.195)

Por fim, considerando que o presente recurso foi interposto na vigência do Novo Código de Processo Civil (Enunciado Administrativo n. 07/STJ), impõe-se a majoração dos honorários inicialmente fixados contra a incorporadora, em atenção ao art. 85, § 11, do CPC/2015.

O referido dispositivo legal tem dupla funcionalidade, devendo atender à justa remuneração do patrono pelo trabalho adicional na fase recursal e inibir recursos cuja matéria já tenha sido exaustivamente tratada. Assim, com base em tais premissas e considerando que o Tribunal de origem manteve a verba honorária em 8% sobre o valor atualizado da condenação (e-STJ fls. 1.020), em benefício do patrono da parte recorrida, a majoração dos honorários devidos pela parte ora recorrente em 1% é medida adequada ao caso, mantida a base de cálculo.

Ante o exposto, voto no sentido de ***negar provimento*** *ao recurso especial.*

É o voto.

> Recurso especial. Direito do Consumidor e Processual Civil. Incorporação imobiliária. Atraso na entrega da unidade autônoma. Responsabilização solidária da imobiliária. Descabimento. Ausência de violação ao dever de informação por parte da imobiliária. Inocorrência das hipóteses legais de responsabilidade solidária. Precedentes. Improcedência do pedido. Teoria da asserção. Primazia do julgamento de mérito.

1. Controvérsia acerca da responsabilidade solidária da empresa imobiliária pelo atraso da obra do empreendimento que intermediou perante os adquirentes das unidades autônomas.

2. Nos termos do art. 265 do Código Civil: "a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes".

3. Existência de recentes precedentes desta Corte Superior no sentido de que a empresa que atuou na intermediação imobiliária não responde solidariamente com a incorporadora pelo atraso na entrega da obra, salvo nas hipóteses de falha do serviço de corretagem ou de envolvimento da corretora nas atividades de incorporação e construção.

4. Caso concreto em que se fez constar na publicidade do empreendimento a logomarca da imobiliária, ao lado da logomarca da incorporadora.

5. Tratando-se de logomarcas distintas, essa publicidade atende ao requisito da clareza da informação, permitindo-se identificar a empresa responsável pela edificação do empreendimento imobiliário, e aquela responsável pela comercialização das unidades, não sendo possível extrai-se desse fato conclusão no sentido de que a imobiliária seria parceira da incorporadora também na incorporação e na construção do empreendimento, de modo a se responsabilizar solidariamente a imobiliária.

6. Ausência de violação do dever de informação acerca do possível atraso na obra, uma vez que a possibilidade de atraso é inerente ao vínculo contratual e, ademais, o contrato previa prazo de tolerância e cláusula penal para essa hipótese, de modo que a alegada ênfase do corretor de imóveis na pontualidade do empreendimento não passaria de mero 'dolus bonus'.

7. Não se verificando hipótese legal ou contratual de solidariedade entre as empresas demandas, impõe-se a reforma do acórdão recorrido para excluir a imobiliária da condenação solidária ao pagamento da parcela indenizatória.

8. Com base na teoria a asserção, a conclusão pela ausência de responsabilidade solidária da imobiliária conduz, no caso dos

autos, à improcedência do pedido, não à ilegitimidade da imobiliária. Precedentes sobre a teoria da asserção.

9. Prejudicialidade da alegação de negativa de prestação jurisdicional, tendo em vista a aplicação dos princípios da primazia do julgamento de mérito e da duração razoável do processo, no presente julgamento.

10. *Recurso especial provido*.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por *Fernandez Mera Holding E Participações Ltda* em face acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Apelação. Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais. Promessa de Compra e Venda. Alegação de atraso na entrega da unidade, ilegalidade da cobrança de comissão de corretagem e da taxa SATI, a aplicação da multa por mora da alienante prevista na cláusula 9.3 do contrato firmado entre as partes, a indenização por danos materiais consubstanciada em lucros cessantes e danos morais. Sentença de parcial procedência. Inconformismo das partes: dos autores, alegando, basicamente, o direito a restituição do valor pago a título de corretagem, uma vez que tal cobrança é ilegal, e que deve ser considerada como termo final da multa contratual por mora da alienante, a data da efetiva entrega das chaves; da ré *Fernandez Mera*, suscitando preliminares de ausência de interesse processual e ilegitimidade passiva com relação ao descumprimento do contrato e, alegando, no mérito, a impossibilidade de arcar com o pagamento da multa por mora contratual e a não devolução do valor pago pelos autores a título de taxa SATI; da ré *Queiroz Galvão*, suscitando preliminar de ilegitimidade passiva com relação a devolução do valor pago pelos autores a título de taxa SATI e, alegando, no mérito a legalidade de tal cobrança, e que o ônus de sucumbência deve ser proporcional, uma vez que os apelados foram vencidos em 90% dos pedidos. Acolhimento apenas da insurgência dos autores contra o termo final da multa moratória, para o qual deve ser considerada a data da entrega das chaves. Legitimidade passiva das rés para responderem a todos os pedidos dos autores. Comissão de corretagem devida. Autores que foram

previamente informados da obrigação de pagamento de seu respectivo valor. Cobrança de Taxa SATI considerada abusiva. Entendimento sedimentado pelo C.S.T.J em sede de recurso repetitivo. Recurso parcialmente provido dos autores e desprovidos os das rés. (fl. 1.187)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 1.228/32).

Em suas razões, a imobiliária recorrente alegou violação aos arts. 1.022, inciso II, do Código de Processo Civil/2015, art. 14, § 4º, e 70, parágrafo único, o Código de Defesa do Consumidor, arts. 186 e 265 do Código Civil, arts. 21, parágrafo único, e 267, IV, do Código de Processo Civil/1973, e artigo 47 da Lei 6.766/1979, sob os argumentos de: (a) negativa de prestação jurisdicional; (b) ilegitimidade passiva da imobiliária; (c) ausência de culpa pelo atraso da obra; (d) autonomia do contrato de corretagem em relação ao contrato intermediado; (e) responsabilidade subjetiva de quem exerce atividade de profissional liberal; (f) descabimento da condenação solidária da imobiliária na obrigação de indenizar o consumidor; e (g) inexistência de cadeia de fornecimento.

Contrarrazões às fls. 1.291/1.320.

Juízo positivo de admissibilidade às fls. 1.350/2.

Houve também recurso especial interposto pela incorporadora *Queiroz Galvão Desenvolvimento Imobiliário Ltda* (fls. 1.198/1.212), o qual será objeto de voto apartado.

É o relatório.

VOTO

Eminentes colegas, o recurso especial merece ser provido.

A polêmica central do presente recurso diz com a responsabilidade solidária da empresa imobiliária pelo atraso da obra do empreendimento que intermediou perante os adquirentes das unidades autônomas, ora recorridos.

O juízo e o Tribunal de origem condenaram solidariamente a incorporadora e a imobiliária a indenizar o consumidor pelo atraso na entrega da obra, em valor correspondente à cláusula penal moratória (0,5% do valor do contrato, por mês de atraso).

No acórdão recorrido, constou que as empresas seriam parceiras no empreendimento, sendo portanto solidárias na responsabilidade pelos danos causados aos adquirentes.

Confira-se o seguinte trecho do acórdão do recurso integrativo:

> Quanto à responsabilidade da embargante *Fernandez Mera*, há que se registrar que embora tenha figurado como intermediária, *ela é parceira da corré* ***Queiroz Galvão*** *no empreendimento* em questão, devendo, portanto, responder *solidariamente* por eventuais perdas e danos causados aos autores. (fl. 1.231/2)

Daí a insurgência recursal da imobiliária no presente apelo nobre, alegando ofensa, dentre outros, ao art. 265 do Código Civil, segundo o qual "*a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes*".

Passando à apreciação do recurso especial, verifica-se que a "parceria" entre as empresas, conforme descrito na inicial e incontroverso nos autos, se limitaria à comercialização das unidades autônomas, não se tratando de uma parceria para incorporação e construção do empreendimento imobiliário.

É o que se depreende dos seguintes trechos da peça vestibular, *litteris*:

> Preliminarmente convêm ressaltar a participação de ambas as Rés no evento danoso que causou os prejuízos relatados aos Autores, agindo uma em nome da outra e com união bem clara de propósitos, daí porque a solidariedade passiva de ambas nos termos da legislação consumerista. Ficou evidente, desde as primeiras negociações, que tanto a empresa Fernandez Mera, quanto a própria Queiroz Galvão, de maneira alinhada, *prometeram à venda o imóvel* aqui discutido em prazos e condições de pagamentos assumidas por ambas e que o descumprimento contratual praticado as obriga de maneira indissociável a ressarcir os prejuízos dos consumidores de forma solidária.
>
> .....
>
> Ademais, constituía obrigação das rés, por meio de seus prepostos, alertarem os Autores sobre o risco de atraso na entrega do empreendimento; o que não foi realizado, pois o vendedor sempre foi enfático ao prometer que o prazo de entrega seria rigorosamente cumprido. *Faltou transparência à negociação*, pois a Rés não foram clara quanto à *possibilidade de atraso nas obras*, não havendo sinceridade dela no momento da contratação, buscando somente o lucro, mesmo que para isso precisassem iludir o consumidor. (fls. 12 e 17)

Registre-se também que a inicial foi instruída com o documento de fl. 55 (Tabela de Vendas), no qual se constata, *primo ictu oculi*, a logomarca da imobiliária (à época denominada *Fernandes Mera Negócios Imobiliários Ltda*) com a menção "exclusividade de vendas", ao lado da logomarca da incorporadora. Estando assim definido o cenário fático incontroverso da demanda, cumpre enfrentar a polêmica acerca da responsabilidade da empresa imobiliária, em solidariedade com a incorporadora.

Essa controvérsia foi decidida recentemente esta *Turma*, tendo-se concluído pela ausência de responsabilidade da imobiliária, salvo na hipótese de falha no serviço de corretagem ou de envolvimento da corretora no empreendimento imobiliário (nas atividades de incorporação e construção).

Refiro-me ao seguinte precedente:

> Recurso especial. Processual Civil. Promessa de compra e venda de imóvel. Rescisão contratual com pedido de restituição de valores pagos. Desistência dos promitentes compradores. Corretora. Legitimidade passiva. Inexistência. Recurso especial provido.
>
> 1. No contato de corretagem, conforme a disciplina legal, a obrigação fundamental do comitente é a de pagar a comissão ao corretor assim que concretizado o resultado a que este se obrigou, qual seja, a aproximação das partes e a conclusão do negócio de compra e venda, ressalvada a previsão contratual em contrário.
>
> 2. A relação jurídica estabelecida no contrato de corretagem é diversa daquela firmada entre o promitente comprador e o promitente vendedor do imóvel, de modo que a responsabilidade da corretora está limitada a eventual falha na prestação do serviço de corretagem.
>
> 3. Não se verificando qualquer falha na prestação do serviço de corretagem nem se constatando o envolvimento da corretora no empreendimento imobiliário, não se mostra viável o reconhecimento da sua responsabilidade solidária em razão da sua inclusão na cadeia de fornecimento.
>
> 4. Recurso especial provido.
>
> (REsp 1.811.153/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 15/02/2022, pendente de publicação)

No mesmo sentido já vinha decidindo a egrégia *Quarta Turma*, confira-se:

> Compromisso de compra e venda. Atraso na entrega da unidade imobiliária. Lucros cessantes presumidos. Termo final. Entrega do imóvel ao adquirente. Aplicação da Súmula 83/STJ. Corretora. Legitimidade passiva *ad causam*. Arts. 722 e 723 do Código Civil. Inexistência de falha na prestação do serviço de corretagem Afastamento da responsabilidade solidária.
>
> 1. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que "no caso de descumprimento do prazo para a entrega do imóvel, incluído o período de tolerância, o prejuízo do comprador é presumido, consistente na injusta privação do uso do bem, a ensejar o pagamento de indenização, na forma de aluguel mensal, com base no valor locatício de imóvel assemelhado, com termo final na data da disponibilização da posse direta ao adquirente da unidade autônoma" (REsp 1.729.593/SP, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, Segunda Seção, DJe de 27.9.2019).

> 2. Em vista da natureza do serviço de corretagem, não há, em princípio, liame jurídico do corretor com as obrigações assumidas pelas partes celebrantes do contrato, a ensejar sua responsabilização por descumprimento de obrigação da incorporadora no contrato de compra e venda de unidade imobiliária. Incidência dos arts. 722 e 723 do Código Civil.
>
> 3. Não sendo imputada falha alguma na prestação do serviço de corretagem e nem se cogitando do envolvimento da intermediadora na cadeia de fornecimento do produto, vale dizer, nas atividades de incorporação e construção do imóvel ou mesmo se tratar a corretora de empresa do mesmo grupo econômico das responsáveis pela obra, hipótese em que se poderia cogitar de confusão patrimonial, não é possível seu enquadramento como integrante da cadeia de fornecimento a justificar sua condenação, de forma solidária, pelos danos causados ao autor adquirente.
>
> 4. Agravo interno parcialmente provido para dar parcial provimento ao recurso especial.
>
> (AgInt no REsp 1.779.271/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 01/06/2021, DJe 25/06/2021)

Em âmbito doutrinário, acrescente-se aos autores já citados nos votos condutores desses precedentes, a opinião de ÊNIO SANTARELLI ZULIANI[1], abordando especificamente os limites da responsabilidade do corretor na hipótese da venda de unidades autônomas sob o regime da incorporação imobiliária, *litteris*:

> Os corretores não são responsáveis pela execução da obra e, em tese, não se empenham quanto ao prazo estabelecido ou pelos riscos do negócio, pelo que não respondem por essas indenizações, a não ser que tenham procedido de má-fé. O comprador que pretende responsabilizar o corretor em regime de solidariedade com a construtora deverá provar a má-fé e contar com presunção de sua ocorrência diante de fatores como o de a imobiliária e os corretores integrarem o grupo de sociedades da qual a construtora e a incorporadora encabeça ou pela identidade de sócios no capital social das empresas coligadas, o que pressupõe o conhecimento das dificuldades de cumprir contratos e prazos.
>
> (ZULIANI, Ênio S. Corretagem. In: GUERRA, Alexandre D. de M. *et al*. **Comentários ao código civil - direito privado contemporâneo**. [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva, 2019, cap. XIII)

No caso dos autos, entendo que o envolvimento da imobiliária no empreendimento se limitou à comercialização das unidades.

É certo que a logomarca da imobiliária constou na publicidade do empreendimento, ao lado da logomarca da incorporadora.

Esse fato, contudo, não denota, por si só, que a parceria entre as empresas teria extrapolado a fase de comercialização, de modo a atrair a responsabilidade da imobiliária.

A bem da verdade, o uso das logomarcas foi uma forma de transmitir a informação sobre qual seria a empresa responsável pela edificação do empreendimento e qual seria a responsável pela comercialização, atendendo-se assim ao dever de informação enunciado no art. 31, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, abaixo transcrito:

> *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.

Bem se vê, portanto, que o mero uso de logomarca na publicidade não enseja a responsabilização da imobiliária pelos danos experimentados pelos adquirentes da unidade entregue com atraso.

Ainda quanto ao dever de informação, os demandantes apontaram que teria havido falha quanto à informação acerca da possibilidade de atraso na obra, pois "*o vendedor sempre foi enfático ao prometer que o prazo de entrega seria rigorosamente cumprido*" (fl. 17).

Ora, a possibilidade de cumprimento tardio da obrigação é algo inerente a todo contrato. Não é por outra razão que o Código Civil dispõe de um título dedicado ao inadimplemento da obrigação e suas consequências (Título IV).

A par das normas gerais do Código Civil, o próprio contrato *sub examine* contém disposição sobre a mora na entrega da unidade imobiliária, prevendo o pagamento de uma indenização de 0,5% sobre o valor do imóvel por mês de atraso, indenização à qual a incorporadora se encontra condenada nestes autos.

Assim, por mais por mais enfático que tenha sido o corretor em exaltar a pontualidade da incorporadora, como alegado na inicial, tal estratégia de vendas não passa de *dolus bonus*[2], não havendo falar, portanto, em vício no dever de informação.

Dessarte, seja pela ausência de vício de informação, seja pela ausência de envolvimento da imobiliária no empreendimento, a conclusão a que se chega, com base nos precedentes desta Corte Superior, é pela ausência de responsabilidade da imobiliária pela indenização dos adquirentes.

Ao decidir em sentido contrário, pela responsabilização solidária da imobiliária, o Tribunal de origem violou o enunciado normativo do art. 265 do Código Civil, segundo o qual "*a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes*".

Em termos processuais, essa conclusão se traduz na improcedência do pedido indenizatório deduzido contra a imobiliária, restando procedente contra esta tão somente o pedido de restituição da SATI.

Esclareça-se que não se chega ao ponto de declarar a imobiliária parte ilegítima para a demanda, porque as condições da ação, dentre as quais a legitimidade das partes, é aferida, à luz da teoria da asserção, conforme as alegações deduzidas na inicial, abstraindo-se a veracidade dos fatos e a probabilidade de êxito da pretensão.

Nesse sentido:

> Agravo interno no recurso especial. Civil e Processual Civil. Decisão interlocutória que rejeita a alegação de prescrição. Recorribilidade imediata por agravo de instrumento. Possibilidade. Cabimento do recurso com base no art. 1.015, II, do CPC/2015. Preclusão. Ocorrência. Ilegitimidade passiva. Teoria da asserção. Violação ao contraditório e à legítima defesa. Ausência. Divergência jurisprudencial prejudicada. Julgamento *extra petita*. Ausência de prequestionamento. Súmulas 5 e 7 do STJ.
>
> 1- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que as decisões interlocutórias que se pronunciam sobre a decadência ou a prescrição, seja para reconhecê-la, seja para afastá-la, versam sobre o mérito do processo, motivo pelo qual são agraváveis com base no art. 1.015, II, do CPC/2015. Precedentes.
>
> 2- A abordagem da matéria relativa à prescrição em decisão interlocutória, sob a égide do CPC/2015, deve ser atacada por Agravo de Instrumento, sob pena de preclusão.
>
> 3- O exame das condições da ação, como a legitimidade *ad causam*, deve ser realizado de acordo com a Teoria da Asserção, isto é, à luz das afirmações do autor constantes na petição inicial, sem qualquer inferência sobre a veracidade das alegações ou a probabilidade de êxito da pretensão deduzida.
>
> 4- Na hipótese dos autos, na linha do que decidido pelo Tribunal *a quo*, as alegações constantes da exordial no sentido de que a ré seria responsável por restituir os certificados não comercializados e cancelados é suficiente, de acordo com a teoria da asserção, para considerar presente a sua legitimidade passiva.
>
> 5- No que diz respeito à alegação de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, verifica-se a inexistência de impugnação específica, como seria

de rigor, aos fundamentos da decisão agravada, circunstância que obsta, por si só, a pretensão recursal, pois, à falta de contrariedade, permanecem incólumes os motivos expendidos pela decisão recorrida.

6- No que diz respeito à divergência jurisprudencial, importa consignar que não se pode conhecer do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional, uma vez que pretende a parte recorrente discutir idêntica tese já afastada, isto é, a tese relativa ao não cabimento do agravo de instrumento, ficando prejudicada, portanto, a divergência jurisprudencial aduzida.

7- No que tange a alegação de julgamento extra petita, tem-se, no ponto, inviável o debate, pois não se vislumbra o efetivo prequestionamento, o que inviabiliza a apreciação da tese recursal apresentada, sob pena de supressão de instâncias.

8- Conforme consignado na decisão recorrida, alterar o decidido no acórdão impugnado, no tocante à obrigação das partes contratualmente especificada, à comprovação da efetiva comercialização e devolução dos certificados de seguro individual não utilizados pela agravante e ao acerto do relatório da perícia - que concluiu pela existência de certificados a serem devolvidos ou o pagamento do valor relativo ao prêmio estipulado em contrato, exigiria o reexame de fatos e provas e a interpretação das cláusulas contratuais, procedimento vedado pelas Súmulas 5 e 7 do STJ.

9- Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.931.519/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 30/08/2021, DJe 02/09/2021)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de indenização por danos morais movida por associado em face do Presidente do clube por extrapolação de poderes. Legitimidade passiva. Teoria da asserção. Agravo não provido.

1. Em conformidade com o entendimento desta Corte Superior, segundo a teoria da asserção, as condições da ação, entre elas a legitimidade passiva, devem ser aferidas a partir das afirmações deduzidas na petição inicial.

2. No caso dos autos, não se discute uma conduta regular do ora agravante enquanto Presidente do clube, mas sim uma conduta que teria extrapolado os poderes a ele atribuídos, de modo que a comprovação do direito do autor à indenização pleiteada, em razão de eventual irregularidade e abuso dos atos praticados pelo recorrente, diz respeito ao mérito da causa, e não à sua legitimidade ativa.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1.710.782/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 08/03/2021, DJe 26/03/2021)

No caso dos autos, tendo havido alegação de vício de informação e pedido de condenação solidária da imobiliária, impõe-se reconhecer que se encontra atendida a referida condição da ação, de modo que o resultado desfavorável à pretensão deduzida configura julgamento de mérito.

Por fim, esclareça-se que, tendo sido possível enfrentar diretamente o mérito recursal, descabe apreciar o pedido de anulação do acórdão recorrido por negativa de prestação jurisdicional, pois tal providência afrontaria os princípios da primazia do julgamento de mérito e da duração razoável do processo (art. 4º do CPC/2015[3] e art. 5º, inciso LXXVIII, da CF[4]).

Destarte, o recurso especial merece ser provido.

Ante o exposto, voto no sentido de ***dar provimento*** *ao recurso especial para, julgando improcedente o pedido a condenação solidária da imobiliária ao pagamento da parcela indenizatória.*

Tendo havido alteração do grau de decaimento das partes na demanda entre os adquirentes e a imobiliária, restringe-se a base de cálculo dos honorários a que condenada a imobiliária ao valor da restituição da SATI, e condena-se os autores a pagarem à imobiliária honorários advocatícios no percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor da parcela indenizatória da condenação, mantendo-se incólume condenação em honorários já fixada na origem para a demanda contra a incorporadora.

É o voto.

Referências

1. *Professor e desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

2. "*Quando o vendedor elogia exageradamente o seu produto, realçando em demasia suas qualidades, não atua maliciosamente. Para tanto, exige-se do adquirente grau mediano de diligência para que possa perceber as criativas técnicas de marketing. A despeito disso, fica claro que a indicação de qualidades inexistentes ou a afirmação de garantias inverídicas extrapolam o limite do razoável, podendo configurar publicidade enganosa, sujeitando o infrator a sanções administrativas, civis e criminais*" (*GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo.* ***Novo curso de direito civil****: parte geral. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 20l0. v. 1. pp. 398-399*)

3. *Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.*

4. *Art. 5º [...]. LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)*

RECURSO ESPECIAL N. 1.841.953-PR (2019/0230894-9)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Recorrente: C G M
Advogados: Thiago José Mantovani de Azevedo e outro(s) - PR056690
Thiago de Freitas Marcolini - PR045607
Recorrido: R A B
Recorrido: S B M
Recorrido: B M
Advogados: Vladimir Stasiak e outro(s) - PR028354
Fabio Pasini Szakacs - PR059618

EMENTA

Recurso especial. Civil e Processual Civil. Vícios no acórdão recorrido. Não ocorrência. Violação do art. 371 do CPC. Fatos constitutivos do direito do autor. Livre convencimento motivado. Súmula 7 do STJ. Conflitos familiares. Ameaças e perseguições em escola, cursos e instituições religiosas. Medidas protetivas em procedimento criminal. Compensação por dano moral. Possibilidade. Dissídio jurisprudencial sem similitude. Prejudicado.

1- Recurso especial interposto em 24/8/2018 e concluso ao gabinete em 27/3/2020.

2- Na origem, cuida-se de ação de indenização por danos materiais e morais, proposta pela ex-mulher e pelos filhos menores, ora recorridos, em razão da conduta do ora recorrente (ex-marido e genitor), consistente em perseguições em escola, cursos e instituições religiosas, que causaram transtornos irreparáveis, com a exposição a escândalos e a situações vexatórias.

3- O propósito recursal consiste em dizer se seria possível efetivar-se a compensação por danos morais, advinda de conflitos familiares, concretizados em processo de separação judicial, por meio de ameaças e perseguições do genitor à ex-mulher e aos filhos.

4- É de ser afastada a existência de vícios no acórdão recorrido, à consideração de que a matéria impugnada foi enfrentada de forma objetiva e fundamentada no julgamento do recurso, naquilo que o Tribunal *a quo* entendeu pertinente à solução da controvérsia.

5- O princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado constitui prerrogativa concedida ao juiz, para que, com fulcro nos elementos relevantes constantes nos autos, possa firmar a convicção sobre a matéria debatida. Assim, o simples entendimento da Corte de origem a respeito do tema, no sentido de reconhecer que o recorrente causou acentuado sofrimento ao núcleo familiar, afasta a violação do art. 371 do CPC, já que devidamente motivada. Ademais, a questão probatória do ônus do autor é matéria inviável de ser analisada por esta Corte Superior, em virtude do óbice da Súmula n. 7 do STJ.

6- A dignidade e o afeto são valores que devem receber prestígio em todas as relações jurídicas, especialmente às de ordem familiar, em que se deve primar pela proteção integral de seus membros, em dimensão individual e social, respeitadas as diferenças e as vulnerabilidades, sob pena de a conduta lesiva gerar o dever de reparar o dano. Está superada, portanto, a visão de que não se aplicam os princípios da responsabilidade civil às relações familiares.

7- As provas delineadas, no acervo probatório constante nos autos, dão conta da profunda tristeza dos recorridos, ao relatar os diversos episódios que sofreram ao longo dos anos, em razão do clima de beligerância que se estendeu por cerca de nove anos, desde o processo de separação, de forma que foram atribuídos ao recorrente os seguintes fatos, além da própria concessão de medida protetiva em favor dos autores, na esfera criminal: a) foi diversas vezes ao colégio, às aulas de espanhol e a instituições religiosas frequentadas pelos filhos, entrando de forma violenta em tais locais, produzindo escândalos diuturnamente; b) perseguiu constantemente os recorridos; c) ameaçou a ex-mulher e os filhos; d) produziu situação vexatória na frente da

aula de karatê do filho menor; e) esmurrou a porta da empresa do ex-casal em Arapongas/PR, causando pânico na filha.

8- Dessa forma, a ação volitiva do recorrente causou abjeto transtorno aos recorridos, razão pela qual incide, na hipótese vertente, o dever de compensar o dano moral sofrido, já que presentes os elementos da responsabilidade civil, quais sejam conduta ilícita, nexo de causalidade e dano.

9- Não é possível conhecer do recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional, uma vez que, além de os acórdãos colacionados não possuírem similitude com a hipótese dos autos, pretende a parte recorrente discutir idênticas teses já afastadas, ficando prejudicada a divergência jurisprudencial aduzida.

10- Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2021 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 29.11.2021

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por C. G. M., com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional.

Recurso especial interposto em: 24/8/2018.

Concluso ao gabinete em: 27/3/2020.

Ação: de indenização por danos materiais e morais, proposta pelos recorridos, em razão das supostas atitudes do ora recorrente (ex-marido e genitor), consistentes em perseguições em escola, cursos e instituições religiosas, que causaram transtornos irreparáveis, com a exposição a escândalos e a situações vexatórias.

Os autores, ora recorridos, requereram a condenação do réu, ora recorrente, ao pagamento do valor de R$ 10.502,72 (dez mil, quinhentos e dois reais e setenta e dois centavos), a título de danos materiais, além de danos morais a serem arbitrados pelo juiz. Requereram, ainda, que o recorrente fosse condenado a arcar, mensalmente, com o tratamento psicológico experimentado, caso demonstrada a necessidade.

Sentença: julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar o requerido ao pagamento de compensação por danos morais, no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a cada um dos três autores, com correção monetária pela média do INPC e do IGPD-I e juros de mora de 1% ao mês, ambos contados da citação, além de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Acórdão: por unanimidade, conheceu e negou provimento ao recurso de apelação interposto pelos autores; e conheceu, em parte, e negou provimento à apelação interposta pelo réu, nos termos da seguinte ementa:

> *Apelação cível. Ação de indenização por danos materiais e morais. Conflito familiar. Genitor que constrange filhos e ex-cônjuge. Sentença de parcial procedência. Reconhecimento do dano moral. Apelação 01. Insurgência dos autores. Majoração dos danos morais. Valor fixado que atende aos critérios de razoabilidade. Recurso conhecido e não provido. Apelação 02. 1. Preliminar de prescrição. Inocorrência de prazo prescricional entre ascendentes e descendentes sob poder familiar. Código Civil de 2002, art. 197, inc. II. 2. Insurgência contra a condenação por dano moral. Situações vexatórias que ultrapassam o mero dissabor. Prova documental e oral suficientes. Dano moral configurado. 3. Compensação. Impossibilidade de conhecimento. Inovação recursal. Recurso conhecido em parte e não provido*. (fl. 553)

Embargos de declaração: opostos por C. G. M., foram rejeitados.

Recurso especial: aponta, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos arts. 371 e 1.022, I e II, todos do Código de Processo Civil, sob os seguintes argumentos:

a) ocorreu omissão no acórdão recorrido, pois deixou de manifestar-se quanto à tese de compensação da verba indenizatória com a doação realizada aos filhos;

b) o acórdão impugnado padeceu, ainda de contradição e omissão, na medida em que não valorou as provas de maneira adequada, notadamente quando a hipótese vertente demonstra a ocorrência de simples conflito familiar, não passível de indenização;

c) a parte autora não conseguiu provar o fato constitutivo do seu direito, no que tange à existência de dano moral, visto que os depoimentos apresentados pelos filhos não demonstram a ocorrência de feridas profundas advindas da relação familiar; ao passo que as afirmações da ex-mulher apenas retratam mágoas de um casamento desgastado pelo tempo e por dificuldades financeiras; e

d) restou comprovado que os recorridos não foram submetidos à situação vexatória ou a qualquer forma de exposição anormal, que pudesse gerar sentimento de eterna repulsa, mas, apenas, sofreram meros dissabores provenientes de conflitos de ordem familiar, incapazes, portanto, de ensejar indenização.

Prévio juízo de admissibilidade: o recurso recebeu crivo negativo de admissibilidade na origem (fls. 728-729), ascendendo a esta Corte Superior por meio da interposição de agravo (fls. 747-759), convertido, em seguida, no presente recurso especial (fl. 796).

Parecer do MPF: da lavra do Subprocurador-Geral da República Antonio Carlos Martins Soares, deixando de manifestar-se sobre o mérito da controvérsia, por entender desnecessária a intervenção do Ministério Público Federal (fls. 804-807).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Na origem, cuida-se de ação de indenização por danos materiais e morais, proposta pela ex-mulher e pelos filhos menores, ora recorridos, em razão da conduta do ora recorrente (ex-marido e genitor), consistente em perseguições em escola, cursos e instituições religiosas, que causaram transtornos irreparáveis, com a exposição a escândalos e a situações vexatórias.

O propósito recursal consiste em dizer se seria possível efetivar-se a compensação por danos morais, advinda de conflitos familiares, concretizados

em processo de separação judicial, por meio de ameaças perseguições do genitor à ex-mulher e aos filhos.

I. ***Da ausência de vícios no acórdão recorrido***

1. Inicialmente, impende consignar que a Corte de origem, ao contrário do que aduz o recorrente, emitiu tese a respeito da compensação da verba indenizatória com a doação realizada aos filhos, ao consignar que a referida matéria constituía inovação recursal, o que impossibilitaria o conhecimento do recurso, no ponto, sob pena de ofensa aos princípios da supressão de instância e do duplo grau de jurisdição (fl. 554).

2. Veja-se, ainda, que não ocorreram os vícios no acórdão recorrido, quanto à incorreta valoração das provas colacionadas aos autos, na medida em que o Tribunal *a quo*, com base no princípio do convencimento motivado, apenas chegou ao fundamento que considerou correto para a composição da lide, ao reputar que o recorrente perseguiu os recorridos, expondo-os a situações vexatórias.

3. No caso dos autos, pois, está nítido o propósito do recorrente de rediscutir temas que foram devidamente apreciados, o que, contudo, não é cabível na via estreita dos embargos de declaração.

4. Dessa forma, na hipótese em exame, é de ser afastada a existência de vícios no acórdão recorrido, à consideração de que a matéria impugnada foi enfrentada de forma objetiva e fundamentada no julgamento do recurso, naquilo que o Tribunal *a quo* entendeu pertinente à solução da controvérsia.

II. ***Da ofensa ao art. 371 do CPC/2015***

5. O recorrente sustenta que a parte autora não conseguiu provar o fato constitutivo do seu direito, no que tange à existência de dano moral, visto que os depoimentos apresentados pelos filhos não demonstram a ocorrência de feridas profundas advindas da relação familiar; ao passo que as afirmações da ex-mulher apenas retratam mágoas de um casamento desgastado pelo tempo e por dificuldades financeiras.

6. Por outro lado, a Corte de origem asseverou que o recorrente ultrapassou, em muito, os limites da razoabilidade, fazendo com que o processo de separação causasse sofrimento profundo aos envolvidos, delineando um quadro de constrangimentos, angústias, pressões e ameaças. Entendeu, em consequência,

provado o fato constitutivo do direito da parte autora, com fulcro nos elementos de prova produzidos nos autos.

7. Nesse ponto, faz-se mister ressaltar que o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado constitui prerrogativa concedida ao juiz, para que, com fulcro nos elementos relevantes constantes nos autos, possa firmar a convicção sobre a matéria debatida.

8. Com efeito, esta Corte Superior ressalta que cabe ao juiz, como destinatário final, respeitando os limites adotados pelo Código de Processo Civil, a interpretação da prova necessária à formação do seu convencimento. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.169.112/SC, *Primeira Turma*, DJe 2/8/2017; AgRg no REsp 1.293.742/PA, *Primeira Turma*, DJe 9/11/2016; AgRg no AREsp 282.045/DF, *Quarta Turma*, DJe 25/6/2013; AgRg no AREsp 189.265/RN, *Quarta Turma*, DJe 22/3/2013; AgRg no AREsp 527.731/SP, *Terceira Turma*, DJe 4/9/2014; AgRg no AREsp 15.400/GO, *Quarta Turma*, DJe 1º/2/2013; AgInt no AREsp 891.083/SP, *Quarta Turma*, DJe 20/9/2016; AgInt no REsp 1.358.752/CE, *Segunda Turma*, DJe 20/9/2016; AgRg no AREsp 846.321/RS, *Terceira Turma*, DJe 1º/9/2016; AgRg no AREsp 655.945/MG, *Quarta Turma*, DJe 21/10/2015; AgRg no REsp 1.301.328/RJ, *Quarta Turma*, DJe 23/10/2015.

9. Em suma, como destinatário final da prova, cabe ao juiz, respeitando os limites adotados pela civilística processual, proceder à exegese necessária à formação do livre convencimento motivado.

10. Dessa forma, observa-se que a persuasão racional, efetivada na hipótese em epígrafe, demonstra, conforme salientado alhures, o simples entendimento da Corte de origem a respeito do tema, no sentido de reconhecer que o recorrente causou acentuado sofrimento ao núcleo familiar, razão pela qual se afasta a violação do art. 371 do CPC, já que devidamente motivada.

11. Ademais, registre-se que a questão probatória do ônus do autor é matéria inviável de ser analisada por esta Corte Superior, em virtude do óbice da Súmula n. 7 do STJ. A propósito: AgInt no AREsp 1.011.331/RS, *Terceira Turma*, DJe 7/3/2018; AgInt no AREsp 698.414/RS, *Segunda Turma*, DJe 23/10/2017; REsp 741.235/PR, *Terceira Turma*, julgado em 03/06/2008, DJe 20/6/2008; AgInt no AREsp 876.079/PR, *Quarta Turma*, DJe 8/9/2016; AgRg no AREsp 597.537/SP, *Segunda Turma*, DJe 30/3/2016; AgRg no AREsp 589.275/PR, *Terceira Turma*, DJe 27/10/2015.

III. ***Da responsabilidade civil. Compensação do dano moral***

12. O vocábulo 'responsabilidade' contém a raiz latina *spondeo*, cujo significado se manifestava na fórmula pela qual se vinculava o devedor nos contratos verbais, no Direito Romano. Registra-se, ainda, a título propedêutico, que a origem da palavra 'responsabilidade' advém do verbo latino *respondere*, consubstanciando o fato de o indivíduo responder como garantidor de algo, assumindo as consequências jurídicas de determinada atividade.

13. Verifica-se, amiúde, que a responsabilidade civil encontra respaldo, *prima facie*, no apotegma de Ulpiano: *neminem laedere*. Nesse sentido, com suporte no princípio da proibição da ofensa, procura-se restringir a liberdade individual de forma circunspecta à sociedade.

14. Com efeito, "toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade" (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. rev. e atual., v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 1).

15. Na clássica lição de Miguel Maria de Serpa Lopes, um dos mais árduos e complexos problemas jurídicos é inegavelmente o da responsabilidade civil. Nele se refletem as atividades humanas, individuais e contratuais, de modo que estudá-lo importa em imergir no exame atento da própria atividade humana, o que vai além do campo convencional para atingir um outro mais vasto, cuja pesquisa exige um apelo às análises psicológicas e a considerações deduzidas do espírito do autor do ato. (SERPA LOPES. Miguel Maria de. *Curso de direito civil*: fontes acontratuais das obrigações e responsabilidade civil. 4. ed. rev. e atual., v. V. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 158)

16. Na feliz síntese de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, "o dever de indenizar surge como decorrência da necessidade de repartir os riscos na vida social". (SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *Dever de indenizar*. Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, v. 2, n. 6, p. 1-20, 1967, p. 1).

17. De fato, o período atual de desenvolvimento da sociedade reclama a participação concreta do Estado Democrático de Direito. A responsabilidade civil hodierna transpôs o princípio consubstanciado na ordem de não prejudicar ninguém (*neminem laedere*). No cerne da motivação em tela, exsurge o aspecto funcional da reparação civil. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ressaltam que "... na vereda de tais idéias, três funções podem ser facilmente visualizadas no instituto da reparação civil: compensatória do dano à vítima;

punitiva do ofensor; e desmotivação social da conduta lesiva". (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: responsabilidade civil. 2. ed. rev., ampl. e atual., v. III. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 23).

18. A função compensatória do dano é carreada com fulcro no restabelecimento do *status quo ante*, isto é, à situação que se encontrava anteriormente. Implica dizer que a reparação civil deverá proporcionar o retorno à condição que antecedeu o ato lesivo. A compensação do dano pode ocorrer por via direta, com a consequente reposição do bem, ou por via incidental, com o pagamento de indenização concernente ao valor do bem perdido, quando se torna irrealizável o restabelecimento ao estado anterior.

19. Ademais, o pressuposto fundamental para a reparação do dano causado se pauta na noção de culpa. O Código Civil Brasileiro de 2002 consagrou a responsabilidade subjetiva no artigo 186, ao dispor que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

20. No ponto, Marcos Bernardes de Mello coteja o ato ilícito de acordo com o respectivo suporte fático:

> Sempre que, por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, alguém imputável viola direito ou causa prejuízo a terceiro, comete um ato ilícito *stricto sensu*, ou ato ilícito absoluto. Este configura a espécie definida no art. 186 do Código Civil.
>
> Constituem elementos completantes do núcleo do ato ilícito *stricto sensu*, caracterizando-o fundamentalmente:
>
> (i) A espécie de direito ofendido. Com efeito, para que uma conduta seja classificada como ato ilícito *stricto sensu* é essencial que entre o ofensor e o ofendido (a) não exista qualquer relação jurídica ou, (b) se houver, que seja de direito absoluto (=relação jurídica com sujeito passivo total, o *alter*). Se há relação jurídica de direito relativo (= relação jurídica com sujeito passivo determinado, individuado) e o direito violado é conteúdo dessa relação, o ato não é ilícito *stricto sensu*, mas ato ilícito relativo ou ilícito caducificante. Mesmo quando há relação jurídica de direito relativo entre o ofensor e o ofendido, mas o ilícito não decorre de quebra de dever conteúdo da relação, há ato ilícito *stricto sensu*. Assim, as violações a direitos reais, como a propriedade, ou a direito da personalidade, como direito à vida, saúde, honra, liberdade, nome etc., constituem atos ilícitos *stricto sensu*. Por essa razão, o ato ilícito *stricto sensu* também recebe a denominação de ato ilícito absoluto, que seria, até, mais apropriada não fora existirem, também, o

> fato *stricto sensu* ilícito absoluto e o ato-fato ilícito absoluto, o que poderia gerar confusões terminológicas.
>
> (ii) O dano, uma vez que todo ato ilícito *stricto sensu* é danoso. O dano pode não ser apenas patrimonial; envolve também o dano moral e o dano estético. Em qualquer espécie, porém, a sua reparação tem natureza patrimonial.
>
> (iii) E, finalmente, a reparabilidade do dano, mediante indenização. Com a indenização pretende-se reparar o dano, tornando o ato indene (sem dano). (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 243-244)

21. Nesse sentido, observa-se que o dano é elemento indispensável à responsabilidade civil. Configura pressuposto basilar para a viabilidade da reparação. De fato, sem a cristalização de prejuízo a outrem, não se manifesta a obrigação de reparar. Onde não existe dano, não paira a responsabilidade.

22. No referido contexto, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho assestam os requisitos para a corporificação do dano indenizável: a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica (o dano pressupõe ofensa ao bem material ou moral tutelado); a certeza do dano (refere-se à existência de dano efetivo, não sobrepairando a responsabilidade civil na recomposição de dano abstrato, hipotético, conjetural).; e, por fim, a subsistência do dano (o dano deve subsistir no momento da devida exigibilidade em juízo, pois, obviamente, o prejuízo já reparado malogra a discussão judicial, devido à ausência de interesse). Definem, ainda, o dano moral, de forma a retratar o prejuízo aos direitos de índole pessoal, como aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa, violando, por exemplo, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: responsabilidade civil. 2. ed. rev., ampl. e atual., v. III. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 43-44; e 61-62)

23. Em suma, o dano moral consubstancia lesão não material na esfera de pessoa física ou jurídica. Não obstante a defesa da irreparabilidade do dano moral, edificada na passada centúria, a Constituição Federal de 1988 exauriu quaisquer dúvidas pertinentes à temática. De fato, a Carta Magna previu, expressamente, no artigo 5º, incisos V e X, a reparação dos danos morais.

24. Nesse diapasão, Caio Mário da Silva Pereira itera a censura direcionada a plausibilidade de discussão hodierna, quanto à reparabilidade do dano moral, aduzindo:

> A Constituição Federal de 1988 veio pôr uma pá de cal na resistência à reparação do dano moral (...). Destarte, o argumento baseado na ausência de um princípio geral desaparece. E assim, a reparação do dano moral integra-se definitivamente em nosso direito positivo.
>
> É de acrescer que a enumeração é meramente exemplificativa, sendo lícito à jurisprudência e à lei ordinária aditar outros casos.
>
> Com efeito:
>
> Aludindo a determinados direitos, a Constituição estabeleceu o mínimo. Não se trata, obviamente, de *numerus clausus*, ou enumeração taxativa. Esses, mencionados nas alíneas constitucionais, não são os únicos direitos cuja violação sujeita o agente a reparar. Não podem ser reduzidos, por via legislativa, porque inscritos na Constituição. Podem, contudo, ser ampliados pela legislatura ordinária, como podem ainda receber extensão por via de interpretação, que neste teor recebe, na técnica do Direito Norte-Americano, a designação de *construction*.
>
> Com as duas disposições contidas na Constituição de 1988 o princípio da reparação do dano moral encontrou o batismo que a inseriu em a canonicidade de nosso direito positivo. Agora, pela palavra mais firme e mais alta da norma constitucional, tornou-se princípio de natureza cogente o que estabelece a reparação por dano moral em o nosso direito. Obrigatório para o legislador e para o juiz. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 58).

25. Com efeito, o dano moral é resultado da afronta a direito da personalidade, entendida em seu amplo espectro (MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. In: *Livro em Homenagem a Miguel Reale Júnior*. Janaina Conceição Paschoal, Renato de Mello Jorge Silveira (Org.). Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, p. 298).

26. Conclui-se, aprioristicamente, que a responsabilidade civil tenciona reprimir a lesão causada, restituindo a vítima ao estado anterior, materializado pela recomposição da coisa *in natura* ou pela compensação em pecúnia do dano.

IV. ***Da compensação do dano moral advindo de relação familiar***

27. As vicissitudes sociais culminaram na passagem da família como instituição, para a família como instrumento de realização de seus membros, movida pela afetividade.

28. Nas palavras de Gustavo Tepedino, a família transpôs o valor intrínseco, o simples fato de existir, para notabilizar-se como instrumento direcionado ao

desenvolvimento da personalidade e da dignidade dos respectivos membros. (TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: *Temas de Direito Civil*. Tomo I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 421-422)

29. O vínculo entre os familiares não é mais de posse e domínio, mas sim de amor, ternura, na busca da felicidade mútua, baseada na convivência diuturna e no respeito recíproco. É unívoco o entendimento entre os juristas no sentido de que o afeto deve ser apontado como o alicerce do núcleo familiar, de modo que se passa a conferir maior relevância aos aspectos afetivos da convivência, valorizando-se cada um dos membros da família. Em contrapartida, tal enaltecimento do vínculo de afetividade passou a exigir a responsabilidade por atos cometidos em âmbito familiar (MARCONDES, Laura de Toledo Ponzoni. *Dano Moral das Relações Familiares*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2013)

30. Com efeito, adverte Maria Celina Bodin de Moraes que a "responsabilidade civil entra no seio familiar, reconhecendo danos a serem ressarcidos por maridos às esposas e vice-versa, por pais aos filhos, excepcionalmente até por avós aos netos, pessoas habituadas a querer-se bem ou a relacionar-se com afeto". E conclui: como em todas as demais relações jurídicas, também nas relações familiares podem ocorrer lesão à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade familiar, que ensejarão a compensação por danos morais. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos morais em família?* Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. Revista Forense, v. 386, 2006, p. 184-191)

31. Por essas razões, como leciona Regina Beatriz Tavares da Silva, está superada aquela visão de que não se aplicam os princípios da responsabilidade civil às relações familiares. Aqui, "vale a pena observar que a corrente que tenta, após essa superação, impedir a aplicação dos princípios da reparação de danos, defende a desjuridicização da família". (TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Responsabilidade civil nas relações de família*. In: Revista Jurídica da FA7, Fortaleza, v. 17, n. 2, maio/ago. 2020, p. 102)

32. Em verdade, o ato ilícito praticado entre membros da família se reveste de natureza ainda mais grave do que o provocado por terceiro, justamente ante a situação privilegiada em que se encontra o agressor, a possibilitar, portanto, a reparação civil. Isso porque nada destrói mais uma família do que o dano causado pelos próprios membros, de forma que a reparabilidade do dano moral

funciona como uma forma de fortalecer os valores atinentes à dignidade e ao respeito humano. (CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71)

33. Nesse sentido, é justamente na relação familiar que deve ser realçada a dignidade da pessoa humana, mormente porque a família constitui a primeira destinatária dos direitos fundamentais. Com efeito, não é possível mencionar-se a salvaguarda dos direitos de liberdade, de igualdade, de personalidade, se eles não forem protegidos já no âmbito familiar.

34. Assim, como já tive oportunidade de expressar, "a família – mergulhada em situação conflituosa pelo seu desmantelamento – necessita da tutela do Direito, para fazer valer os deveres e responsabilidades assumidos quando de sua constituição. Se o afeto deixou de existir e fez erguerem-se barreiras de tormento e rancor entre os outrora enamorados, é salutar que, com o fim do almejado sentimento, não seja varrida também a correspectiva reparação do dano subjacente à quebra de regras de convivência, que tenha acarretado sofrimento pungente ao espírito e ao físico do lesionado". (Ministra Nancy Andrighi. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Divórcio e Separação após a EC n. 66/2010*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 11-13)

35. Em suma, a dignidade e o afeto são valores que devem receber o prestígio em todas as relações jurídicas, especialmente às de ordem familiar, em que se deve primar pela proteção integral de seus membros, em dimensão individual e social, respeitadas as diferenças e as vulnerabilidades, sob pena de a conduta lesiva gerar o dever de reparar o dano.

V. ***Da hipótese dos autos e do deslinde da controvérsia***

36. Compulsando os autos, observa-se que a Corte de origem manteve a compensação pelos danos morais sofridos, fixados na sentença, na ordem de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada recorrido. Isso porque considerou que o recorrente ultrapassou, em muito, os limites da razoabilidade, fazendo com que o processo de separação judicial causasse sofrimento profundo nos envolvidos, fazendo, inclusive, que esse martírio se prolongasse ao longo de anos, atingindo toda a adolescência da filha S. M. e boa parte da infância e da adolescência do filho B.M.

37. O Tribunal *a quo* passa a enumerar as diversas provas colacionadas aos autos, tais como mensagens postadas em redes sociais, e-mails, além de um relatório psicológico que demonstra o sofrimento emocional dos menores.

Soma-se a isso procedimento instaurado na 2ª Vara Criminal de Arapongas/PR, que resultou na aplicação de medidas protetivas em favor dos recorridos, justamente devido à aproximação agressiva e constrangedora por parte do recorrente. Em verdade, o acórdão recorrido traduz-se em uma verdadeira miríade de condutas abusivas perpetradas contra os recorridos, com inúmeras situações vexatórias, algumas registradas em boletim de ocorrência, outras declaradas em documento.

38. Com efeito, as provas delineadas, no acervo probatório constante nos autos, dão conta da profunda tristeza dos recorridos, ao relatar os diversos episódios que sofreram ao longo dos anos, em razão do clima de beligerância que se estendeu por cerca de nove anos, desde o processo de separação. Citam-se, a título de exemplo, os seguintes fatos atribuídos ao recorrente: a) foi diversas vezes ao colégio, às aulas de espanhol e a instituições religiosas frequentadas pelos filhos, entrando de forma violenta em tais locais, produzindo escândalos diuturnamente; b) perseguiu constantemente os recorridos; c) ameaçou a ex-mulher e os filhos; d) produziu situação vexatória na frente da aula de karatê do filho menor; e) esmurrou a porta da empresa do ex-casal em Arapongas/PR, causando pânico na filha.

39. Há, nos autos, também, depoimento de testemunha, que trabalhou no empreendimento do casal, acerca dos constantes exageros e comportamentos desproporcionais praticados pelo recorrente dentro do próprio espaço empresarial, geradores de discórdias e causadores de constrangimento à família.

40. Verifica-se, inclusive, que o próprio recorrente, em e-mail por ele mesmo enviado, reconheceu que, em determinadas situações, a sua conduta foi extremamente invasiva e desproporcional, admitindo, em suma, que extrapolou os limites da razoabilidade.

41. Com efeito, a conduta do recorrente causa profunda espécie, em particular nas feridas deixadas nos recorridos ao longo dos anos, com a aproximação agressiva, invasiva e constrangedora, a ponto de a filha afirmar, no depoimento transcrito, no acórdão recorrido, que "vivia fugindo do genitor, pois o mesmo (*sic*) lhe causava um abalo psicológico imensurável". (fl. 558)

42. Veja-se, portanto, que a ação volitiva do recorrente causou abjeto transtorno aos recorridos, razão pela qual incide, na hipótese vertente, o dever de compensar o dano moral sofrido, já que presentes os elementos da responsabilidade civil, quais sejam conduta ilícita, nexo de causalidade e dano.

43. Ademais, o atual contato e possível entendimento com os filhos não possui o condão de deslustrar os fatos pretéritos, porquanto a chaga do ultraje se cristalizou a partir dos diversos atos ilícitos desferidos pelo recorrente. Não se quer dizer, com isso, que a reparação do dano moral em dinheiro se estabelece com base no *pretio doloris*. De fato, a compensação do dano moral não torna possível a supressão do prejuízo sofrido. Significa dizer que o dinheiro não estabelece relação de equivalência com o dano. Visa, tão somente, a atenuar as consequências do infortúnio suportado. Nesse sentido, possui natureza sancionadora-compensatória.

44. Realça-se, assim, a função satisfatória da reparação, isto é, a vítima não requer a equivalência em pecúnia do preço da dor sofrida. Pretende, apenas, suavizar o sofrimento moral, abrandando as sequelas penosas enlevadas pelo espírito.

45. Nesse diapasão, com fulcro nos fundamentos em epígrafe, não merece reforma o acórdão recorrido.

VI. ***Do dissídio jurisprudencial***

46. Por fim, no que diz respeito à interposição do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional, importa consignar que não se pode conhecer do recurso, uma vez que, além de os acórdãos colacionados não possuírem similitude com a hipótese dos autos, pretende a parte recorrente discutir idênticas teses já afastadas, ficando prejudicada a divergência jurisprudencial aduzida.

VII. ***Conclusão***

47. Forte nessas razões, nego provimento ao recurso especial.

48. Deixo de fixar honorários, em virtude da ausência de condenação na instância de origem.

RECURSO ESPECIAL N. 1.930.256-SP (2021/0093404-0)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: F B C
Advogado: Julio Cesar Gorrasi - SP338430
Recorrente: G B I L
Advogados: Eduardo Bastos Furtado de Mendonça - RJ130532
Felipe de Melo Fonte - RJ140467
Luna Van Brussel Barroso - RJ224281
Recorrido: Os Mesmos

EMENTA

Recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e morais. Divulgação de fotografias de nudez (produzidas e cedidas com fins comerciais) sem o consentimento da modelo retratada, em endereços eletrônicos da *internet*. Responsabilidade do provedor para promover a retirada do conteúdo indicado a partir da determinação judicial para tanto. Art. 21 do Marco Civil da *Internet*. Inaplicabilidade. Recurso especial provido do provedor de *internet* e prejudicado o manejado pela parte demandante.

1. Controverte-se sobre a aplicabilidade do disposto no art. 21 do Marco Civil da *Internet* à hipótese de veiculação de fotografias de nudez (produzidas e cedidas com fins comerciais), em endereços eletrônicos da *internet*, sem a autorização da modelo fotografada, tampouco da revista a quem o material foi cedido. Discute-se, assim, especificamente, se a responsabilidade do provedor para promover a retirada do conteúdo inicia-se a partir da notificação extrajudicial, a atrair a incidência do art. 21 da Lei n. 12.965/2014, ou se haveria necessidade de ordem judicial, nos termos do art. 19 da citada lei.

2. O art. 21 do Marco Civil da *internet* traz exceção à regra de reserva da jurisdição estabelecida no art. 19 do mesmo diploma legal, a fim de impor ao provedor, de imediato, a exclusão, em sua plataforma, da chamada "pornografia de vingança" — que, por definição, ostenta conteúdo produzido em caráter particular —, bem como de toda reprodução de nudez ou de ato sexual privado, divulgado sem o consentimento da pessoa reproduzida.

2.1 A motivação da divulgação de materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais, sem a autorização da pessoa reproduzida,

se por vingança ou por qualquer outro propósito espúrio do agente que procede à divulgação não autorizada, é, de fato, absolutamente indiferente para a incidência do dispositivo em comento, sobretudo porque, de seu teor, não há qualquer menção a esse fator de ordem subjetiva. Todavia, o dispositivo legal exige, de modo expresso e objetivo, que o conteúdo íntimo, divulgado sem autorização, seja produzido em "caráter privado", ou seja, de modo absolutamente reservado, íntimo e privativo, advindo, daí, sua natureza particular.

2.2 Há, dado o caráter absolutamente privado em que este material foi confeccionado (independentemente do conhecimento ou do consentimento da pessoa ali reproduzida quando de sua produção), uma exposição profundamente invasiva e lesiva, de modo indelével, à intimidade da pessoa retratada, o que justifica sua pronta exclusão da plataforma, a requerimento da pessoa prejudicada, independentemente de determinação judicial para tanto.

2.3 O preceito legal tem por propósito proteger/impedir a "disponibilização, na rede mundial de computadores, de conteúdo íntimo produzido *em caráter privado*, sem autorização da pessoa reproduzida, independentemente da motivação do agente infrator. Não é, porém, a divulgação não autorizada de todo e qualquer material de nudez ou de conteúdo sexual que atrai a regra do art. 21, mas apenas e necessariamente aquele que apresenta, intrinsecamente, uma natureza privada, cabendo ao intérprete, nas mais variadas hipóteses que a vida moderna apresenta, determinar o seu exato alcance.

2.4 É indiscutível que a nudez e os atos de conteúdo sexuais são inerentes à intimidade das pessoas e, justamente por isso, dão-se, em regra e na maioria dos casos, de modo reservado, particular e privativo. Todavia — e a exceção existe justamente para confirmar a regra — nem sempre o conteúdo íntimo, reproduzido em fotos, vídeos e outro material, apresenta a referida natureza privada.

3. As imagens íntimas produzidas e cedidas com fins comerciais — a esvaziar por completo sua natureza privada e reservada — não se amoldam ao espectro normativo (e protetivo) do art. 21 do Marco Civil da *Internet*, que excepciona a regra de reserva da jurisdição.

3.1 Sua divulgação, na rede mundial de computadores, sem autorização da pessoa reproduzida, por evidente, consubstancia

ato ilícito passível de proteção jurídica, mas não tem o condão de excepcionar a reserva de jurisdição (que se presume constitucional, até declaração em contrário pelo Supremo Tribunal Federal).

3.2 A proteção, legitimamente vindicada pela demandante, sobre o material fotográfico de conteúdo íntimo, produzido comercialmente e divulgado por terceiros sem a sua autorização, destina-se a evitar/reparar uma lesão de cunho primordialmente patrimonial à autora (especificamente, os alegados lucros cessantes) e, apenas indiretamente, a sua intimidade.

4. Recurso especial do Provedor de *internet* provido. Prejudicado o recurso especial da demandante.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar provimento ao recurso especial interposto por G B I L e julgar prejudicado o recurso especial interposto por F B C, nos termos do voto do Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze, que lavrará o acórdão.

Vencidos a Sra. Ministra Nancy Andrighi e o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2021 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator p/Acórdão

DJe 17.12.2021

EMENTA

Civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e morais. Marco Civil da *Internet*. Provedor de aplicação. Divulgação de imagens com conteúdo pornográfico sem o consentimento da retratada. Âmbito de aplicação do art. 21 do MCI. Pornografia não consensual. Prequestionamento parcial. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Realização de perícia. Preclusão. Dissídio jurisprudencial. Não comprovação. Julgamento: CPC/2015.

1. Ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada em 16/05/2017, da qual foram extraídos os presentes recursos especiais interpostos em 16/12/2020 e 18/12/2020 e conclusos ao gabinete em 06/04/2021.

2. O propósito recursal de G B I L é definir a aplicabilidade do disposto no art. 21 do Marco Civil da Internet à hipótese de veiculação de fotografias com conteúdo pornográfico em endereços eletrônicos da internet sem autorização da fotografada, tampouco da revista à qual se destinaram as imagens. Por sua vez, o propósito recursal de F B C é dizer sobre a) a ocorrência de negativa jurisdicional; b) a possibilidade de realização de prova pericial, em sede de liquidação de sentença, para quantificação dos danos materiais e c) a ocorrência de sucumbência mínima.

3. Recurso especial de G B I L.

3.1. O entendimento desta Corte é no sentido de que a responsabilidade dos provedores de aplicações é subjetiva. Precedentes. O termo inicial para que o provedor seja considerado responsável por conteúdo gerado por terceiro pode ser a notificação do próprio usuário, pelos meios oferecidos pelo provedor, caso o ocorrido tenha se verificado quando não estava em vigor o MCI ou a notificação judicial, após a provocação do Poder Judiciário por aquele que se considera ofendido (art. 19 do MCI). Todavia, a própria Lei n. 12.965/2014 consagra exceção à reserva de jurisdição para a retirada de conteúdo infringente da internet na hipótese de "vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado" (art. 21). Nessas circunstâncias, o provedor passa a ser subsidiariamente responsável a partir da notificação extrajudicial formulada pelo particular interessado na remoção desse conteúdo e não a partir da ordem judicial com esse comando.

3.2. O art. 21 do MCI tutela a denominada "pornografia de vingança" (***revenge porn***), a qual comumente se verifica em términos de relacionamentos, quando uma das partes divulga o material produzido durante a relação com vistas a punir a outra pelo encerramento do vínculo afetivo. No entanto, tal dispositivo legal não se aplica apenas a essas situações, haja vista que legislador não faz referência à motivação do agente. Assim, o termo mais adequado para caracterizar a hipótese

retratada na norma é "pornografia não consensual", que inclui tanto a veiculação de cenas íntimas obtidas sem o consentimento da vítima quanto com o seu consentimento, mas divulgadas sem a sua autorização.

3.3. A proteção conferida pelo Marco Civil da Internet à pessoa que teve a sua imagem íntima divulgada ilicitamente guarda estreita relação com o direito à imagem, à intimidade e à privacidade assegurados no plano constitucional e infraconstitucional.

3.4. O direito à imagem visa a proteger o interesse da pessoa de insurgir-se contra a sua divulgação em circunstâncias relativas à sua vida privada. Especialmente para fins de aplicação do art. 21 do MCI, se a pessoa exposta consentiu com a realização da fotografia ou vídeo, é imprescindível perquirir acerca do propósito do consentimento. Vale dizer, se a pessoa posou nua para determinada revista, a publicação das imagens em outras revistas ou meios de comunicação configura violação ao seu direito de imagem.

3.5. Com relação à privacidade e à intimidade, considera-se como local público aquele que pode ser acessado por qualquer indivíduo, sem restrições. Mas, para a adequada tutela da privacidade e em atenção à boa-fé objetiva, o mais importante é analisar a expectativa de privacidade do retratado em torno do ato captado. Isto é, se a pessoa representada tinha consciência de que a cena registrada seria divulgada e em que extensão isso ocorreria.

3.6. Caso a vítima tenha participado de um ensaio fotográfico para uma revista voltada ao público masculino e com acesso restrito a maiores de idade e mediante pagamento, não houve autorização para a exposição pública dessas imagens com conteúdo pornográfico. A retratada não tinha expectativa de que as fotografias seriam republicadas em ***blogs*** da *internet* e liberadas para acesso por qualquer indivíduo que se conectasse à *internet*. A reprodução das imagens, em tal circunstância, viola os direitos da retratada à imagem, à privacidade e à intimidade, de modo que sobressai um interesse privado passível de proteção pelo art. 21 do MCI. Portanto, esse dispositivo legal não tem sua aplicação restrita às situações de pornografia de vingança, mas alcança também a hipótese de divulgação de fotografias de nudez obtidas com o consentimento da vítima para publicação em

determinada revista de acesso restrito, mas veiculadas em outros *sites* da *internet* sem a sua autorização.

4. Recurso especial de F B C.

4.1. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pela recorrente em suas razões recursais impede o conhecimento do recurso especial.

4.2. Não há ofensa ao art. 1.022 do CPC/15 quando o Tribunal de origem, aplicando o direito que entende cabível à hipótese, soluciona integralmente a controvérsia submetida à sua apreciação, ainda que de forma diversa daquela pretendida pela parte. Precedentes.

4.3. A jurisprudência deste Tribunal Superior é consolidada no sentido de que a ausência de depósito judicial da remuneração do perito acarreta a preclusão do direito à produção da prova pericial.

4.4. Decisões monocráticas não servem como paradigmas para fins de demonstração do dissídio jurisprudencial.

4.5. Não é possível a apreciação da existência de sucumbência mínima ou recíproca, por demandar incursão no suporte fático da demanda (Súmula 7/STJ). Precedentes.

5. Recurso especial de G B I L conhecido e desprovido e recurso especial de F B C parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recursos especiais interpostos por G B I L e F B C, o primeiro com fundamento na alínea "a" e o segundo nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/SP.

Recursos especiais interpostos em: 16/12/2020 e 18/12/2020.

Conclusos ao gabinete em: 06/04/2021.

Ação: de obrigação de fazer c/c pedido de indenização por danos materiais e morais movida por F B C em face d G B I L, em razão da divulgação gratuita e sem a sua anuência de fotos com nudez explícita em ***blogs*** por ela hospedados e que foram tiradas em ensaio fotográfico realizado para uma revista masculina.

Refere que, mesmo após a notificação de G B I L para remover os conteúdos, diversas páginas permaneceram ativas.

Sentença: julgou parcialmente procedentes os pedidos, "***para condenar à requerida o cumprimento de obrigação de fazer, quanto ao (i) fornecimento do nome e número de IP dos usuários relacionados às URLs de fls. 210/220; (ii) remover o conteúdo indicado nas URLs de fls.210/220 e excluir dos resultados de pesquisa do GOOGLE SEARCH, GOOGLE IMAGES as URLs fls. 210/225 e 253/261 (e os conteúdos nelas contidos)***" (e-STJ, fl. 1.111).

Acórdão: conheceu parcialmente do recurso de apelação interposto pela segunda recorrente e, na parte conhecida, deu-lhe parcial provimento, conforme a seguinte ementa:

> *Obrigação de fazer combinada com indenização por danos materiais e morais*. Veiculação, sem autorização, de imagens de ensaio sensual por blogs hospedados pela requerida. Parcial procedência. Insurgência da autora. Parcial cabimento. *Valor da causa*. Alteração do valor da causa de ofício. Possibilidade. Incidência do art. 292, § 3º, do CPC. Inocorrência de violação do princípio da não surpresa. O fundamento a que faz referência o art. 10 do CPC é o jurídico, e não o legal propriamente dito. Este último, como no caso, é aplicável pelo juiz, independente de prévia manifestação das partes Valor da causa que foi fixado corretamente pelo magistrado. *Danos materiais*. Inviabilidade de apurar quantas visitas as fotos indevidamente publicadas teriam recebido nos sites discriminados. Preclusão da prova pericial. *Dano moral*. Ocorrência. Responsabilidade da ré por publicação de conteúdo ilícito praticada por terceiros que se inicia da notificação extrajudicial em casos de nudez. Inaplicabilidade do art. 19 da Lei n. 12.965/14. Precedentes do STJ. Valor que deve ser arbitrado em R$ 20.000,00. Multa por descumprimento de ordem judicial liminar. Não conhecimento Questão que deve ser decidida em sede própria. Cumprimento provisório que já foi movido pela autora. *Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, parcialmente provido*.

Recurso especial de G B I L: suscita violação ao art. 1.022, II, do CPC/2015 e ao art. 21 do Marco Civil da Internet. Aduz que o Tribunal de origem não se manifestou sobre o fato de que o debate gira em torno de questão contratual e não de divulgação de conteúdo privado de nudez. Argumenta que o referido art. 21 se aplica apenas à hipótese de exposição não consentida de material pornográfico de caráter privado (pornografia da vingança), não se aplicando à situação dos autos, que diz respeito à reprodução por terceiros de imagens com cenas de nudez sem a correspondente remuneração. Defende, assim, ser descabida sua responsabilização em decorrência do não atendimento do pedido extrajudicial de remoção do conteúdo. Requer, por conseguinte, o afastamento da condenação ao pagamento de indenização por danos morais ou, subsidiariamente, o retorno dos autos à origem para novo julgamento.

Recurso especial de F B C: alega afronta aos arts. 1.022, I a III e 86, parágrafo único, do CPC/2015, ao art. 21 da Lei 12.965/14, aos arts. 186 e 927 do CC/02, aos arts. 14, 17 e 34 do CDC e aos arts. 102 e 103 da Lei 9.610/98, além de divergência jurisprudencial com o REsp 1.871.191/SP. Alega que o TJ/SP não examinou os vícios indicados nos embargos de declaração. Sustenta ser descabida a negativa de realização de perícia em sede de liquidação de sentença para averiguar os danos materiais. Menciona que as inúmeras visualizações geraram e continuam gerando prejuízos patrimoniais. Acrescenta ser evidente a violação dos direitos autorais, haja vista que o acesso às fotos é autorizado apenas por meio do *site* da revista licenciada e mediante o pagamento de R$ 167,00. Ressalta que a ata notarial juntada aos autos revela que, após o julgamento da apelação, as 27 URLs permanecem ativas. Por fim, salienta que deve ser reconhecida a sua sucumbência mínima, condenando-se a recorrida a arcar com a integralidade das custas processuais e honorários advocatícios.

Juízo prévio de admissibilidade: os recursos especiais foram admitidos pelo Tribunal local.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): O propósito recursal de G B I L é definir a aplicabilidade do disposto no art. 21 do Marco Civil da Internet à hipótese de veiculação de fotografias com conteúdo pornográfico em endereços eletrônicos da internet sem autorização da fotografada, tampouco da revista à qual se destinaram as imagens.

Por sua vez, o propósito recursal de F B C é dizer sobre a) a ocorrência de negativa jurisdicional; b) a possibilidade de realização de prova pericial, em sede de liquidação de sentença, para quantificação dos danos materiais e c) a ocorrência de sucumbência mínima.

I. Recurso especial de G B I LTDA.

I.I. Dos provedores de aplicação na internet.

1. Com a publicação da Lei 12.965/2014, que institui o Marco Civil da Internet, muitos dos elementos que compõem a rede mundial de computadores foram definidos normativamente. Assim, temos que a internet foi definida

como "***o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes***" (art. 5º, I).

2. Na *internet*, há uma multiplicidade de atores oferecendo diferentes tipos de serviços e utilidades para os usuários. Ante a ausência de uma orientação legislativa clara, a jurisprudência acabou por definir os diversos tipos de provedores de serviços e utilidades na internet. Veja-se, nesse sentido, o que foi estabelecido no REsp 1.316.921/RJ (Terceira Turma, DJe 29/06/2012):

> Os provedores de serviços de Internet são aqueles que fornecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela. Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, como: (i) *provedores de backbone* (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da *Internet*, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; (ii) *provedores de acesso*, que adquirem a infraestrutura dos provedores backbone e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a Internet; (iii) *provedores de hospedagem*, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) *provedores de informação*, que produzem as informações divulgadas na *Internet*; e (v) *provedores de conteúdo*, que disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da *web*. É frequente que provedores ofereçam mais de uma modalidade de serviço de Internet; daí a confusão entre essas diversas modalidades. Entretanto, a diferença conceitual subsiste e é indispensável à correta imputação da responsabilidade inerente a cada serviço prestado.

3. A partir do Marco Civil da Internet, em razão de suas diferentes responsabilidades e atribuições, é possível distinguir simplesmente duas categorias de provedores: (i) os provedores de conexão; e (ii) os provedores de aplicação.

4. Os provedores de conexão são aqueles que oferecem "***a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP***" (art. 5º, V, MCI). No Brasil, os provedores de conexão acabam, em sua maioria, confundindo-se com os próprios prestadores de serviços de telecomunicações, que em conjunto detêm a esmagadora maioria de participação neste mercado.

5. Por sua vez, utilizando as definições estabelecidas pelo art. 5º, VII, do Marco Civil da Internet, uma "aplicação de internet" é o conjunto de

funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à *internet*.

6. Como é possível perceber, essas funcionalidades podem ser as mais diversas possíveis, tais como serviços de e-mail, redes sociais, hospedagem de dados, compartilhamento de vídeos, e muitas outras ainda a serem inventadas. Por consequência, os provedores de aplicação são aqueles que, sejam com ou sem fins lucrativos, organizam-se para o fornecimento dessas funcionalidades na *internet*.

7. No particular, a recorrente oferece serviço de hospedagem de ***blogs***. Os ***blogs*** – contração da expressão inglesa ***weblog*** que, numa tradução literal, significa diário da rede (mundial de computadores) – consistem em páginas na internet cuja estrutura possibilita sua rápida e constante atualização mediante acréscimo dos denominados ***posts*** (comentários, artigos), que em geral têm como foco a temática que dá origem ao próprio ***blog***.

8. Ressalte-se, por fim, que a recorrente se limita a abrigar e oferecer ferramentas para edição de ***blogs*** criados e mantidos por terceiros, sem exercer nenhum controle editorial sobre as mensagens postadas pelos usuários.

I.II. Da responsabilidade dos provedores de aplicação por conteúdos gerado por terceiros.

9. As discussões acerca da responsabilidade civil dos provedores de aplicações apresentam uma complexidade elevada, já que, em regra, não se está a discutir uma ofensa diretamente causada pelo provedor, mas sim por terceiros usuários das funcionalidades por ele fornecidas. A dificuldade é ainda mais elevada quando os provedores não exercem nenhum controle prévio sobre aquilo que fica disponível on-line, o que afasta a responsabilidade editorial sobre as informações.

10. Este Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de examinar a questão relativa ao regime de responsabilidade civil aplicável aos provedores de aplicações por conteúdos gerados por terceiros. O entendimento desta Corte é no sentido de que a responsabilidade dos provedores é subjetiva. A propósito:

> Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação condenatória. Decisão monocrática que deu provimento ao reclamo. Insurgência da requerida.
>
> 1. Nos termos dos Enunciados Administrativos n. 2 e 3 deste Superior Tribunal de Justiça, aplicam-se aos recursos as regras do diploma processual vigente ao tempo da publicação desafiada.

1.1. No caso em tela, tanto o recurso especial quanto o respectivo agravo foram interpostos em face de decisões publicadas na vigência do CPC/73, sendo aplicáveis a eles tal regramento.

1.2. O agravo interno, por sua vez, desafia decisão publicada na vigência do CPC/15, de modo que o prazo de interposição correspondente é de 15 (quinze) dias úteis, o que foi respeitado pela insurgência *sub judice*.

2. Conforme a jurisprudência deste Tribunal Superior, não incide aos provedores de conteúdo da internet a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02, sendo descabida, ainda, a exigência de fiscalização prévia.

2.1. *Aos provedores de conteúdo aplica-se a tese da responsabilidade subjetiva, segundo a qual o provedor torna-se responsável solidariamente com aquele que gerou o conteúdo ofensivo se, ao tomar conhecimento da lesão que determinada informação causa, não tomar as providências necessárias para removê-la*. *Precedentes*.

2.2. A Corte de origem rejeitou o apelo da autora, em que se discutiam fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei 12.965/2014, o Marco Civil da Internet, afirmando que a responsabilidade da requerida somente poderia ser reconhecida caso descumprisse notificação judicial, sem ao menos analisar as alegações quanto à empresa-ré ter sido devidamente comunicada a respeito de conteúdo ofensivo, o que destoa da citada jurisprudência.

2.3. Deve ser mantida a decisão monocrática que determinou o retorno dos autos à origem para novo julgamento, à luz da jurisprudência desta Corte Superior, de modo a evitar a supressão de instância, uma vez que a causa não se encontra madura para julgamento neste Tribunal.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 685.720/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 13/10/2020, DJe 16/10/2020) (grifou-se)

Civil e Processual Civil. Recurso especial. Google. Blogger. Ação de reparação por danos morais. Conteúdo reputado ofensivo. Monitoramento prévio. Ausência. Responsabilidade objetiva. Afastamento.

1. Ação ajuizada em 09/07/2010. Recurso especial interposto em 08/08/2014 e distribuído a este gabinete em 25/08/2016.

2. A verificação do conteúdo das imagens postadas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de compartilhamento de vídeos, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, a aplicação que não exerce esse controle.

3. *Aos provedores de aplicação, utiliza-se a tese da responsabilidade subjetiva, segundo a qual o provedor de aplicação torna-se responsável solidariamente com*

> *aquele que gerou o conteúdo ofensivo se, ao tomar conhecimento da lesão que determinada informação causa, não tomar as providências necessárias para a sua remoção. Precedentes*.
>
> 4. Na hipótese dos autos, não houve determinação de monitoramento prévio, mas de retirada do conteúdo de blog, nos termos da jurisprudência deste STJ.
>
> 5. Recurso especial conhecido e não provido.
>
> (REsp 1.501.603/RN, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017) (grifou-se)

11. Destaque-se que essa teoria se subdivide em duas vertentes a depender do termo inicial para se considerar o provedor de aplicação responsável por conteúdo gerado por terceiro. Esse termo ***a quo*** pode ser: (i) a notificação do próprio usuário, pelos meios oferecidos pelo provedor, caso o ocorrido tenha se verificado quando não estava em vigor o MCI ou (ii) a notificação judicial, após a provocação do Poder Judiciário por aquele que se considera ofendido, nos termos do art. 19 do MCI.

12. Todavia, a própria Lei n. 12.965/2014 consagra exceção à reserva de jurisdição para a retirada de conteúdo infringente da internet na hipótese de "***vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado***" (art. 21). Nessas circunstâncias, o provedor passa a ser subsidiariamente responsável a partir da notificação extrajudicial formulada pelo particular interessado na remoção desse conteúdo e não a partir da ordem judicial com esse comando.

13. A controvérsia devolvida a esta Corte por meio do presente recurso especial diz com o âmbito de incidência desse dispositivo legal, a qual se passa a analisar a seguir.

I.III. Da divulgação não consentida de cenas de nudez. Do âmbito de incidência do art. 21 do MCI.

14. Inicialmente, convém transcrever o conteúdo do art. 21 do Marco Civil:

> Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma

> diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.
>
> Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

15. Esse dispositivo legal tutela a denominada "pornografia de vingança" (***revenge porn***), a qual comumente se verifica em términos de relacionamentos, quando uma das partes divulga o material produzido durante a relação com vistas a punir a outra pelo encerramento do vínculo afetivo.

16. No entanto, o art. 21 não tem sua aplicação restrita a tais situações, haja vista que o legislador não faz referência à motivação do agente. Por essa razão, defende-se que o termo mais adequado para caracterizar a hipótese retratada na norma é "pornografia não consensual", que inclui tanto a veiculação de cenas íntimas obtidas sem o consentimento da vítima quanto com o seu consentimento, mas divulgadas sem a sua autorização (SOUZA, Afonso Carlos; LEMOS, Ronaldo; BOTTINO, Celina. ***Marco Civil da Internet***: jurisprudência comentada. E-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018; SCHREIBER, Anderson. ***Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso?*** A responsabilidade civil por dano derivado de conteúdo gerado por terceiro. LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito & Internet III. Tomo II. Quartier Latin, 2015, p. 296).

17. No julgamento do REsp 1.679.465/SP (DJe 19/03/2018), por mim relatado, esta Terceira Turma teve a oportunidade de analisar com cuidado os detalhes e contornos da exposição pornográfica não consentida e como esse tipo de divulgação causa prejuízos às pessoas expostas. Segundo destacou-se naquela oportunidade, "***a 'exposição pornográfica não consentida', da qual a 'pornografia de vingança' é uma espécie, constituiu uma grave lesão aos direitos de personalidade da pessoa exposta indevidamente, além de configurar uma grave forma de violência de gênero que deve ser combatida de forma contundente pelos meios jurídicos disponíveis***".

18. Nessa linha de intelecção, percebe-se que a proteção conferida pelo Marco Civil da Internet à pessoa que teve a sua imagem íntima divulgada ilicitamente guarda estreita relação com o direito à imagem, à intimidade e à privacidade assegurados no plano constitucional (art. 5º, X, da CF/88) e infraconstitucional (arts. 20 e 21 do CC/02).

19. O direito à imagem "***é mera extrinsecação do direito sobre o próprio corpo enquanto direito sobre o aspecto exterior deste que é objeto corporal ou material por excelência***" (MORAES, Walter. Direito à própria imagem. ***Revista dos Tribunais***, vol. 61, n. 443, set./1972, pp. 343-344). Sua finalidade consiste em "***proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada***" (EREsp 230.268/SP, Segunda Seção, DJ 04/08/2003).

20. Especialmente para fins de aplicação do art. 21 do MCI, se a pessoa exposta consentiu com a realização da fotografia ou vídeo, é imprescindível perquirir acerca do propósito do consentimento. Afinal, "***a interpretação do consentimento deve, em regra, ocorrer de forma restritiva, não podendo o intérprete estender a autorização concedida para o uso da imagem para outros meios além daqueles pactuados, para momento posterior, para fim diverso ou, ainda, para pessoa distinta daquela que recebeu a autorização***" (TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Direito à imagem na internet: estudo sobre o tratamento do Marco Civil da Internet para os casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas. ***Revista de Direito Civil Contemporâneo***, Vol. 15, abr.- jun./2018, p. 100). A título de exemplo, se a pessoa posou nua para determinada revista, a publicação das imagens em outras revistas ou meios de comunicação configura violação ao seu direito de imagem.

21. Destarte, o fato de a pessoa ter consentido em ser fotografada, por quem quer que seja, é insuficiente para tornar púbico o conteúdo inegavelmente sensível.

22. Nessas circunstâncias, a intimidade e a privacidade também assumem especial relevo, já que o próprio dispositivo em análise se refere, repise-se, a "***materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado***".

23. Valendo-se dos ensinamentos da doutrina civilista, tem-se que "***lugar público é aquele franqueado a todas as pessoas, sem nenhuma restrição***" (MONTEIRO FILHO, Rafael de Barros. ***Comentários ao Novo Código Civil***. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 246). Mas, para a adequada tutela da privacidade e em atenção à boa-fé objetiva, o mais importante é analisar a expectativa de privacidade do retratado em torno do ato captado (SCHREIBER, Anderson. ***Direitos da Personalidade***. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 145-146). Isto é, se a pessoa representada tinha consciência de que a cena registrada seria divulgada e em que extensão isso ocorreria.

24. Na hipótese em julgamento, de acordo com o quadro fático traçado pelas instâncias de origem, a recorrida participou de um ensaio fotográfico para uma revista voltada ao público masculino. A revista poderia ser acessada por um terminal com acesso à *internet*, por pessoas maiores de 18 (dezoito) anos e mediante prévio pagamento de certa quantia. Ou seja, a recorrida não autorizou a exposição pública dessas imagens com conteúdo pornográfico, mas apenas a publicação naquele veículo específico e desde que observadas determinadas condições.

25. Além de o consentimento ter se restringido a um fim específica, pelo contexto narrado, é certo que a retratada não tinha a expectativa de que as fotografias seriam republicadas em ***blogs*** da internet e passíveis de acesso por qualquer indivíduo que se conectasse à *internet*.

26. Embora tenha havido o consentimento para a realização do ensaio fotográfico, a publicação das fotografias com conteúdo pornográfico em meio não autorizado pela vítima e para um público significativamente mais numeroso qualifica-se como pornografia não consentida e viola os direitos da retratada à imagem, à privacidade e à intimidade. Nessa circunstância, sobressai um interesse privado passível de proteção pelo art. 21 da Lei n. 12.965/2014.

27. Em consequência, não tendo a recorrente atendido ao pedido de exclusão das URLs formulado na notificação extrajudicial encaminhada pela recorrida, é responsável pelos danos por ela suportados em virtude das publicações.

28. Em síntese, o art. 21 do MCI não tem sua aplicação restrita às situações de pornografia de vingança, mas alcança também hipótese de divulgação de fotografias de nudez tiradas com o consentimento da vítima para publicação em determinada revista de acesso restrito, mas veiculadas em outros sites da internet sem a sua autorização.

II. Recurso especial de F B C.

II.I. Da ausência de prequestionamento.

29. O acórdão recorrido não decidiu acerca dos arts. 102 e 103 da Lei n. 9.610/98, tampouco dos arts. 17 e 34 do CDC, razão pela qual o julgamento do recurso especial é inadmissível quanto ao ponto (Súmula 282/STF).

30. Esclareça-se que apesar de a recorrente ter suscitado violação ao art. 1.022 do CPC/2015, não o fez com relação aos argumentos atinentes aos

dispositivos supramencionados, os quais sequer foram invocados nos embargos declaratórios.

31. Portanto, no tópico, não conheço do recurso especial.

II.II. Da negativa de prestação jurisdicional.

32. A recorrente alega que o Tribunal estadual deixou de se manifestar acerca da possibilidade de quantificar os danos materiais em sede de liquidação de sentença.

33. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que não há ofensa ao art. 1.022 do CPC/15 quando o Tribunal de origem, aplicando o direito que entende cabível à hipótese, soluciona integralmente a controvérsia submetida à sua apreciação, ainda que de forma diversa daquela pretendida pela parte (AgInt no AREsp 1.650.384/MG, DJe 26/10/2020; AgInt nos EDcl no REsp 1.871.018/SP, DJe 21/09/2020).

34. Na hipótese, verifica-se que a Corte de origem decidiu expressamente acerca dos danos materiais pleiteados pela recorrente (e-STJ, fls. 1.640-1.641), de modo que os embargos declaratórios visavam mesmo a rediscussão de questão já apreciada.

35. Não há que se falar, por consequência, em vulneração do art. 1.022 do CPC/2015.

II.III. Dos danos materiais. Da realização de perícia em liquidação de sentença. Preclusão.

36. A recorrente sustenta que os danos materiais devem ser quantificados em sede de liquidação de sentença, mediante a realização de prova pericial.

37. Conforme colhe-se dos autos, na petição inicial, a ora recorrente postulou "***seja o Réu condenado ao pagamento de indenização por danos materiais, em quantia a ser apurada na fase de instrução***" (e-STJ, fl. 50).

38. Na fase instrutória, foi deferida a produção de prova pericial, com a consequente nomeação de ***expert*** em computação (e-STJ, fls. 647-649). Após a apresentação de proposta pelo perito, a recorrente foi intimada para realizar o depósito da verba honorária no prazo assinalado pelo juiz (e-STJ, fl. 867). Entretanto, deixou de atender ao comando judicial e, segundo anotado na sentença, requereu, em seguida, o julgamento antecipado do feito (e-STJ, fl. 1.101). Em decorrência disso, o juiz reconheceu a ocorrência de preclusão.

39. Da mesma forma, o Tribunal *a quo* concluiu que:

> Contudo, a autora, devidamente intimada para recolher os honorários periciais (R$2.000,00), não o fez.
>
> Vale destacar que a prova técnica visava justamente aferir qual foi a quantidade de visualizações das fotos da autora nos ***blogs*** indicados por ela.
>
> Como não recolheu o valor dos honorários periciais, irrelevante a alegação reiterada no apelo de "***que os danos materiais estão atrelados aos números de visitas que os sites ilícitos teriam recebido***".
>
> Além disso, a própria autora pediu o julgamento antecipado da lide.
>
> Logo, não há dano material a ser reconhecido e todas as longas considerações sobre a questão não merecem ser acolhidas. Dessa forma, pouco importa se a ré auferiu algum lucro por meio de publicidade nos ***blogs*** indicados. (e-STJ, fl. 1.641)

40. Acerca do assunto sublinhe-se, inicialmente, que o juízo acerca da pertinência das provas para o adequado deslinde da controvérsia incumbe às instâncias ordinárias. Destarte, para esta Corte alterar a conclusão a respeito da dispensabilidade ou não de determinada prova é necessário o reexame dos fatos, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ (AgInt no AREsp 1.548.314/PR, Quarta Turma, DJe 03/03/2020; AgRg no AREsp 641.921/RS, Terceira Turma, DJe 21/08/2015; AgRg no Ag 500.602/MG, Terceira Turma, DJ 06/12/2004).

41. Em acréscimo, a jurisprudência deste Tribunal Superior é consolidada no sentido de que a ausência de depósito judicial da remuneração do perito acarreta a preclusão do direito à produção da prova pericial. Nesse sentido:

> Agravo interno nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Embargos à arrematação. Decisão agravada. Inexistência de generalidade ou de embasamento em premissa equivocada. Prova pericial requerida pela parte ora insurgente. Ausência de recolhimento dos honorários periciais. Preclusão. Súmula 83/STJ. Violação ao art. 1.022 do CPC/2015. Súmulas 283 e 284/STF. Agravo desprovido.
>
> 1. Não há falar em generalidade da decisão que rejeitou os aclaratórios, por considerar, de forma fundamentada, que a via seria imprópria para a análise da pretensão ali trazida.
>
> 2. Impossível prosperar a alegação de que a decisão agravada se embasou em premissa equivocada, uma vez que a ausência de recolhimento dos honorários periciais é fato que consta expressamente do acórdão estadual e traz consequências diretas ao pedido de reavaliação do imóvel, o que não pode ser ignorado nesta instância simplesmente porque se mostra desinteressante aos insurgentes.

> 3. *Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, ocorre a preclusão do direito à produção da prova pericial quando a parte que a requerer, embora intimada, não efetua o depósito da remuneração do perito*. Incidência do enunciado n. 83 da Súmula do STJ.
>
> 4. Os insurgentes não se desincumbiram de demonstrar as razões pelas quais consideram persistir a violação ao art. 1.022 do CPC/2015, não tendo impugnado especificamente os fundamentos da decisão agravada, o que faz incidir, por analogia, os enunciados n. 283 e 284 da Súmula do STF.
>
> 5. Agravo interno desprovido.
>
> (AgInt nos EDcl no AREsp 1.607.172/SC, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 24/08/2020, DJe 01/09/2020) (grifou-se)
>
> Agravo interno no agravo (art. 544 do CPC/73). Ação ordinária. Decisão monocrática que negou provimento ao reclamo. Insurgência da parte ré.
>
> 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, nos precisos termos do art. 33 do Código de Processo Civil/1973, a remuneração do perito será adiantada pela parte que houver requerido a produção da prova, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz, tendo em vista que será ressarcido no caso de sair vencedor.
>
> *No presente caso, a prova pericial foi pleiteada pela recorrente, que, embora intimada, não realizou o depósito dos honorários periciais, ocorrendo assim a preclusão*.
>
> (...)
>
> 4. Agravo interno desprovido.
>
> (AgInt no AREsp 717.425/ES, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 10/04/2018, DJe 17/04/2018) (grifou-se)

42. Ante a preclusão, é descabida a realização de prova pericial para identificação do prejuízo patrimonial em sede de liquidação de sentença.

II.IV. Do dissídio jurisprudencial.

43. Verifica-se que o recurso especial indicado como paradigma foi decidido por meio de decisão monocrática da lavra da i. Ministra Maria Isabel Gallotti.

44. Todavia, segundo entendimento do STJ, "***decisões monocráticas não servem como paradigmas para o fim de demonstração de dissídio jurisprudencial, conforme o disposto no art. 266 do Regimento Interno deste Superior Tribunal***" (AgInt no REsp n. 1.650.529/RS, Segunda Turma, DJe 27/11/2017). No

mesmo sentido: AgInt no AREsp n. 1.180.952/RJ, Quarta Turma; DJe 24/5/2018; AgInt no AREsp 1.211.358/SP, Terceira Turma, DJe 20/04/2018.

45. Desse modo, não restou comprovada a alegada divergência jurisprudencial.

II.V. Da sucumbência mínima.

46. Este Tribunal Superior consolidou entendimento segundo o qual não é possível a apreciação da existência de sucumbência mínima ou recíproca, por demandar incursão no suporte fático da demanda, esbarrando no óbice da Súmula 7/STJ (AgInt no AREsp 1.571.169/RJ, Terceira Turma, DJe 12/03/2021; AREsp 1.700.955/GO, Segunda Turma, DJe 18/12/2020; AgInt no REsp n. 1.418.989/RS, Quarta Turma, DJe 01/10/2020; AgInt no REsp 1.750.080/MG, Terceira Turma, DJe 21/08/2020).

47. Assim, não conheço da irresignação recursal.

III. Conclusão.

48. Forte nessas razões, *conheço* e *nego provimento* ao recurso especial de G B I L e *conheço parcialmente* do recurso especial de F B C e, nessa extensão, *nego-lhe* provimento.

49. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, majoro os honorários advocatícios arbitrados na origem para R$ 6.500,00 ao patrono de G B I L e para 17% do valor da condenação para o representante de F B C.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Como bem acentuado pela Relatora, Ministra Nancy Andrighi, discute-se, no recurso especial manejado pela Google do Brasil Internet Ltda., se a publicação em blogs, por terceiros, de ensaio de nudez objeto de licenciamento com a Revista Sexy possui, ou não, o condão de atrair a responsabilidade civil do provedor de aplicações, com base no regime do art. 21 do Marco Civil da Internet.

Na hipótese, de acordo com o quadro fático traçado pelas instâncias ordinárias, a autora da ação participou de um ensaio fotográfico para uma revista voltada ao público masculino. A revista poderia ser acessada por um terminal com acesso à *internet*, por pessoas maiores de 18 (dezoito) anos e mediante

prévio pagamento de certa quantia. Segundo a moldura fática, terceiros, por meio de blogs da *internet*, hospedado pelo provedor Google, divulgaram tais imagens/conteúdo de nudez, sem autorização da demandante, a ensejar-lhes prejuízos de ordem material (lucros cessantes).

Controverte-se, assim, sobre a responsabilidade subsidiária do provedor, especificamente se sua responsabilidade para a retirada do conteúdo iniciar-se-ia a partir da notificação extrajudicial, a atrair a incidência do art. 21 da Lei n. 12.965/2014, ou se haveria necessidade de ordem judicial, nos termos do art. 19 da citada lei.

A relatora, em seu voto, compreende que o Provedor, na hipótese dos autos, em que houve a divulgação de imagens/vídeos contendo cenas de nudez, para um público significativamente mais numeroso ao pré-determinado em contrato, qualifica-se como pornografia não consentida e viola os direitos da retratada à imagem, à privacidade e à intimidade, sobressaindo, nesse caso, *um interesse privado passível de proteção pelo art. 21 da Lei n. 12.965/2014*.

Pelo que se depreende da fundamentação adotada pela Relatora, em seu judicioso voto, o art. 21 do Marco Civil da *Internet* não traria uma motivação específica, a chamada "pornografia de vingança", aplicando-se, indistintamente, a toda e qualquer divulgação de imagens de nudez ou com conteúdo de sexo sem autorização de seus participantes. Logo, não se exigiria, também para a hipótese dos autos, ordem judicial para a retirada do conteúdo, bastando a notificação extrajudicial, como se deu no caso.

Permissa venia, tem-se, diversamente, que o caso dos autos não retrata a hipótese de divulgação não autorizada de imagens ou vídeos *com cenas de nudez ou de atos sexuais* ***de caráter privado***", a atrair a exceção à reserva de jurisdição estabelecida no art. 21 do Marco Civil da Internet.

Tampouco o objeto da presente demanda, conforme se demonstrará, consiste, primordialmente, na proteção de direito personalíssimo da autora, mas sim, diretamente, no ressarcimento pelos alegados prejuízos decorrentes da divulgação, por terceiros, sem a sua autorização, das imagens com conteúdo íntimo licenciadas comercialmente.

De plano, registre-se que o art. 21 do Marco Civil da *internet* traz exceção à regra de reserva da jurisdição estabelecida no art. 19 do mesmo diploma legal, a fim de impor ao provedor, de imediato, a exclusão, em sua plataforma, da chamada "pornografia de vingança" — que, por definição, ostenta conteúdo

produzido em caráter particular —, bem como de toda reprodução de *nudez ou de ato sexual privado*, divulgado sem o consentimento da pessoa reproduzida.

Há, dado o caráter absolutamente privado em que este material foi confeccionado (independentemente do conhecimento ou do consentimento da pessoa ali reproduzida quando de sua produção), *uma exposição profundamente invasiva e lesiva, de modo indelével, à intimidade da pessoa retratada, o que justifica sua pronta exclusão da plataforma, a requerimento da pessoa prejudicada, independentemente de determinação judicial para tanto*.

Pela relevância, transcrevem-se os dispositivos legais:

> Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de *internet* somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, *após ordem judicial específica*, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.
>
> *Art. 21. O provedor de aplicações de* ***internet*** *que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais* ***contendo cenas de nudez ou de atos sexuais DE CARÁTER PRIVADO*** *quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal*, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.
>
> Parágrafo único. A notificação prevista no ***caput*** deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Como se constata, o art. 21 do Marco Civil da *Internet* refere-se especificamente à divulgação não autorizada *de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de* ***caráter privado***.

Ressalta-se que a motivação da divulgação de materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais, sem a autorização da pessoa reproduzida, se por vingança ou por qualquer outro propósito espúrio do agente que procede à divulgação não autorizada, é, de fato, absolutamente indiferente para a incidência do dispositivo em comento, sobretudo porque, de seu teor, não há qualquer menção a esse fator de ordem subjetiva.

Todavia, o dispositivo legal exige, de modo expresso e objetivo, que o conteúdo íntimo, divulgado sem autorização, *seja produzido em "caráter privado", ou seja, de modo absolutamente reservado, íntimo e privativo, advindo, daí, sua natureza particular*. É dizer, o preceito legal tem por propósito proteger/impedir a "disponibilização, na rede mundial de computadores, de conteúdo íntimo produzido *em caráter privado*, sem autorização da pessoa reproduzida, independentemente da motivação do agente infrator.

Não é, portanto, a divulgação não autorizada de todo e qualquer material de nudez ou de conteúdo sexual que atrai a regra do art. 21, mas apenas e necessariamente aquele que apresenta, intrinsecamente, uma natureza privada, cabendo ao intérprete, nas mais variadas hipóteses que a vida moderna apresenta, determinar o seu exato alcance.

Do contrário, o dispositivo legal em comento não faria constar em seu teor — até porque a lei não contém expressões inúteis —, o termo "caráter privado" ("***cenas de nudez ou de atos sexuais DE CARÁTER PRIVADO***").

É indiscutível que a nudez e os atos de conteúdo sexuais são inerentes à intimidade das pessoas e, justamente por isso, dão-se, *em regra e na maioria dos casos, de modo reservado*, particular e privativo. Todavia — e a exceção existe justamente para confirmar a regra — nem sempre o conteúdo íntimo, reproduzido em fotos, vídeos e outro material, apresenta a referida natureza privada.

As imagens de nudez, produzidas e cedidas para fins comerciais — absolutamente lícitos, consigna-se —, não ostentam, permissa venia, *a natureza privada a qual a norma protetiva do art. 21 visa tutelar*.

Sua divulgação, na rede mundial de computadores, sem autorização da pessoa reproduzida, por evidente, consubstancia ato ilícito passível de proteção jurídica, mas não tem o condão de excepcionar a reserva de jurisdição (que se presume constitucional, até declaração em contrário pelo Supremo Tribunal Federal).

No caso dos autos, ressai evidenciado que a proteção, legitimamente vindicada pela demadante, sobre o material fotográfico (de conteúdo íntimo), produzido comercialmente e divulgado por terceiros sem a sua autorização, destina-se a evitar/reparar uma lesão de cunho primordialmente patrimonial à autora e, apenas indiretamente, a sua intimidade, do que ressai claro da própria pretensão exarada em sua inicial, *in verbis* (e-STJ, fl. 8):

> a vendagem de sua publicação prejudicada já que *todo* material está sendo disponibilizado de maneira gratuita e tudo hospedado na plataforma Blogger operada pela Ré, além de desgaste de sua imagem já que algo que deveria ser para um público especifico e pagante é distribuído a milhares de pessoas gratuitamente sem autorização da Autora lhe causando infindáveis prejuízos tanto materiais quanto morais

É indiscutível que *a exposição não autorizada de imagens íntimas, produzidas e cedidas comercialmente pela demandante*, tem repercussão direta em seu direito patrimonial e apenas reflexa a seu direito da personalidade (direito à intimidade).

Como é de sabença, a indisponibilidade do direito personalíssimo intimidade — corolário do Princípio vetor da dignidade da pessoa humana — é passível de mitigação por seu titular, tal como se deu no caso dos autos, em que a demandante, de modo livre e com intuito de lucro, produziu e cedeu comercialmente imagens de nudez. Pertence, pois, à demandante o direito de determinar em que extensão e em que condições suas imagens íntimas podem ser acessadas na *internet*.

Não se olvida, tampouco se dissuade, portanto, da conclusão de que a divulgação dessas imagens, sem autorização da pessoa reproduzida, tem o condão de violar, em certa medida, o direito à intimidade (considerada a mitigação voluntariamente levada a efeito por seu titular), *passível, portanto, de proteção jurídica*.

Não, porém, na extensão do art. 19 da Lei n. 12.965/2014.

Justamente porque as cenas de nudez, *produzidas e cedidas comercialmente*, não guardam em si, até por definição, um caráter reservado e particular, a exposição não autorizada — *indiscutivelmente ilícita* — não consubstancia circunstância idônea, segundo a exigência legal, para excepcionar a reserva de jurisdição.

A proteção, legitimamente vindicada pela demandante, a essas imagens de nudez, cujo conteúdo íntimo não foi produzido em caráter privado, deve se dar segundo os ditames do art. 19, que estabelece a responsabilização do provedor, caso, *após ordem judicial* específica, não tomar as providências para, nos limites técnicos do seu serviço, tornar indisponível o conteúdo apontando.

De igual modo, a pretensão de obter a reparação pelos prejuízos advindos da exposição de tais imagens deve ser dirigida diretamente em face dos responsáveis pela publicação não autorizada de material com conteúdo íntimo

— inclusive a partir dos dados de identificação a ser fornecido pelo provedor, em cumprimento de ordem judicial.

Por sua vez, a responsabilidade subsidiária do provedor pelos danos materiais e morais apenas se dá *após ordem judicial específica e em caso de descumprimento*.

No caso dos autos, a Google afirma e demonstra, a esse propósito, que removeu 380 URLs mediante ordem judicial e forneceu os dados dos responsáveis pelo conteúdo, o que, nos termos da fundamentação supra, afasta sua responsabilidade subsidiária.

Tem-se, em resumo, que a exposição não autorizada de imagens íntimas produzidas e cedidas comercialmente — a esvaziar por completo sua natureza privada e reservada — não se amolda ao espectro normativo (e protetivo) do art. 21 do Marco Civil da Internet, que excepciona a regra de reserva da jurisdição.

Assim, com base em tais considerações, entendo que o desfecho trazido pela relatora, *permissa venia*, confere interpretação demasiadamente extensiva ao dispositivo legal em comento (art. 21 do Marco Civil da Internet), abarcando situação fática contrária aos seus termos (que, como dito, exige que as imagens íntimas sejam de "caráter privado").

Em arremate, na esteira dos fundamentos acima delineados, dou provimento ao recurso especial da Google do Brasil Internet Ltda., para julgar improcedentes os pedidos de reparação pelos danos materiais e morais suportados, mantida a procedência quanto ao pedido de obrigação de fazer (já cumprida).

Ante tal desfecho, resta prejudicado o recurso especial da parte demandante.

Invertidos os ônus sucumbenciais, fixo os honorários advocatícios em 10% sobre o valor atribuído à causa, nos termos do art. 85, § 2º, CPC.

É o voto.

VOTO-VISTA

Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos materiais e morais ajuizada por F B C (F) contra G B I L (*Google*), em virtude da divulgação gratuita e sem autorização em "blogs" hospedados e vinculados a ele, de fotos suas com nudez, que foram tiradas em ensaio fotográfico que fez para uma revista voltada para o público adulto (Revista Sexy).

A autora afirmou que a exploração comercial da sua imagem foi licenciada e é de exclusividade da Editora Rickdan, acrescentando que, apesar de ter notificado extrajudicialmente a provedora de aplicativos (*Google*) para remover o conteúdo dos "blogs", alguns permanecem ativos.

O Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar a *Google* ao cumprimento de obrigação de fazer, quanto (i) ao fornecimento do nome e número de IP dos usuários relacionados às URLs indicados por F; (ii) a remoção do conteúdo indicado nas referidas URLs; e (iii) exclusão dos resultados de pesquisa do Google "Search", Google "Imagens", referente as URLs indicadas.

A *Google* não foi responsabilizada solidariamente por fato dos terceiros que incluíram em seus "blogs" da internet o ensaio fotográfico de F, segundo o Magistrado, porque nos termos do art. 19 da Lei n. 12.965/2014, ela somente pode ser responsabilizada se, após ordem judicial específica para retirar o conteúdo apontado, nada fizer.

A sentença foi reformada no julgamento da apelação dos litigantes pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), nos termos do acórdão relatado pelo Desembargador *Miguel Brandi*, que concluiu pela aplicação do disposto no art. 21 da Lei n. 12.965/2014, reconhecendo a responsabilidade solidária da *Google*, que foi condenada a pagar R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), a título de danos morais para F.

A *Google*, no recurso especial especial, sustentou que o art. 21 da Lei n. 12.965/14 somente se destina a quem usa de má-fé para vazar imagens íntimas de caráter privado, o que não seria a hipótese dos autos, devendo ser aplicada a norma do art. 19 do mesmo Marco Civil da Internet, que somente responsabiliza os provedores de aplicação por conteúdo de terceiros quando deixa de removê-los após determinação judicial.

Já F, no seu apelo nobre, queixou-se de negativa de prestação jurisdicional e sustentou que os danos materiais sofridos devem ser quantificados em liquidação de sentença, mediante prova pericial.

Isso posto, a controvérsia trazida ao STJ consiste em definir, como destacou a em. Relatora, a Ministra *Nancy Andrighi*, a aplicabilidade do disposto no art. 21 do Marco Civil da Internet à hipótese de veiculação de fotografias com conteúdo pornográfico em endereços eletrônicos da internet sem autorização da fotografada, e nem da revista à qual se destinaram as fotos.

A propósito, os dispositivos legais da Lei n. 12.965/2014 objeto de discussão dispõem que:

> *Art. 19*. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.
>
> *Art. 21*. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

No judicioso voto que proferiu na Sessão de Julgamento do dia 17 de agosto de 2021, a em. Relatora defendeu a aplicação do disposto no art. 21 da referida lei, segundo a qual o provedor passa a ser subsidiariamente responsável a partir da notificação extrajudicial formulada pelo interessado na remoção do conteúdo infringente da internet e não a partir da ordem judicial com esse comando.

Argumentou, para tanto que a referida norma não se destina apenas a chamada "pornografia de vingança", porque o legislador não fez referência a motivação do agente, mas sim a "pornografia não consensual", que inclui tanto a veiculação de cenas íntimas obtidas sem o consentimento da vítima quanto com o seu consentimento, mas divulgadas sem a sua autorização.

Ao final, encaminhou o seu voto pelo não provimento do recurso especial da *Google*, asseverando que embora tenha havido o consentimento para a realização do ensaio fotográfico, a publicação das fotografias com conteúdo pornográfico em meio não autorizado pela vítima e para um público mais numeroso qualifica-se como pornografia não consentida e viola os direitos de F à imagem, à privacidade e à intimidade, que encontra proteção na norma do art. 21 da Lei n. 12.965/2014, por não ter a *Google* atendido o pedido de exclusão dos conteúdos na notificação extrajudicial que aquela encaminhou.

Após a prolação do referido voto, o em. Ministro *Marco Aurélio Bellizze* abriu a divergência, assinalando, de início, que o caso dos autos não retrata a hipótese de divulgação não autorizada de imagens ou vídeos com cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado, a atrair a exceção à reserva de jurisdição estabelecida no art. 21 do Marco Civil da Internet.

Acrescentou o em. Ministro, ainda, que o objeto da demanda não consiste, primordialmente, na proteção ao direito personalíssimo da autora, F, mas sim, diretamente, no ressarcimento pelos alegados prejuízos decorrentes da divulgação, por terceiros, sem sua autorização, das imagens com conteúdo íntimo licenciadas comercialmente.

Argumentou que o art. 21 do Marco Civil da Internet refere-se especificamente à divulgação não autorizada de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, sendo que as imagens produzidas e cedidas para fins comerciais, absolutamente lícitas, não ostentam natureza privada, objeto da proteção da referida norma.

O Ministro *Marco Aurélio Bellizze* finalizou o seu raciocínio, assinalando que a proteção vindicada por F, as imagens de nudez, cujo conteúdo íntimo não produzido em caráter privado, deve se dar segundo os ditames do art. 19, que estabelece a responsabilização do provedor, caso, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, nos seus limites técnicos, tornar indisponível o conteúdo apontado.

Nessa marcha, encaminhou o seu voto no sentido de dar provimento ao recurso especial da *Google*, para julgar improcedente o pedido de reparação por danos morais formulado por F.

Em seguida, o em. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, proferiu voto verbal acompanhando a Relatora, lembrando, naquela oportunidade, que o art. 19 da Lei n. 12.965/2014 tem a sua constitucionalidade discutida no Supremo Tribunal Federal, no RE n. 1.037.396, da Relatoria do Ministro *Dias Tofoli*, no rito da repercussão geral (Tema n. 987).

Seguiu-se, então, meu pedido de vista para refletir sobre o melhor encaminhamento do relevante tema que, volta e meia, vem chegando ao Tribunal da Cidadania.

A questão, de fato, é complexa, como ressaltou no seu voto a Ministra *Nancy Andrighi*, pois diz respeito a responsabilidade civil de provedores de aplicações de Internet por conteúdo de terceiros, dificultando a solução da

controvérsia o fato de que não se pode impor a eles o dever de fiscalização prévia dos conteúdos que são postados nas suas plataformas.

Conforme o caso, o que pode ensejar reparação civil subsidiária dos provedores de aplicações é o descumprimento de ordem judicial de retirada do conteúdo impróprio ou ofensivo divulgado nas suas plataformas por obra de terceiros, ou a notificação extrajudicial do(a) ofendido(a), pois a responsabilidade, como já dito, não é objetiva.

E nessa toada, após uma reflexão sobre o tema e a respeito dos posicionamentos adotados nos bem elaborados votos proferidos, adianto que estou acompanhando a divergência inaugurada pelo Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, porque tenho para mim que as fotos de nudez de F não foram mesmo produzidas em caráter privado e o *Google*, quando instado a fazê-lo judicialmente, de pronto, removeu os conteúdos divulgados ilicitamente nos "blogs" hospedados por ele.

Antes, faço algumas considerações a respeito dos dispositivos legais objeto da controvérsia.

Extrai-se da norma contida no art. 19 da Lei 12.965/14, que ficou a cargo do Poder Judiciário definir o que é ou não conteúdo inapropriado ou ilícito gerados por terceiros na rede mundial de computadores, e o que deve ou não ser removido, de modo a buscar exercer um equilíbrio entre o que é liberdade de expressão e de informação e o que pode violar direito constitucional de outrem, como a proteção da intimidade e privacidade, nascendo a responsabilidade civil do provedor se não cumprir a ordem judicial que determinou a remoção de certo material.

A este respeito, esta Terceira Turma, no julgamento do REsp n. 1.568.935/RJ, da relatoria do Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, DJe de 13/4/2016, proclamou que:

> Não se pode exigir dos provedores que determinem o que é ou não apropriado para divulgação pública. Cabe ao Poder Judiciário, quando instigado, aferir se determinada manifestação deve ou não ser extirpada da rede mundial de computadores e, se for o caso, fixar a reparação civil cabível contra o real responsável pelo ato ilícito. Ao provedor não compete avaliar eventuais ofensas, em virtude da inescapável subjetividade envolvida na análise de cada caso. Somente o descumprimento de uma ordem judicial, determinando a retirada específica do material ofensivo, pode ensejar a reparação civil.

Na mesma linha da jurisprudência destacada é a doutrina de CARLOS AFFONSO SOUZA, RONALDO LEMOS e CELINA BOTTINO, que lecionam:

> Da interpretação dos artigos 19 a 21 do Marco Civil, pode-se concluir que a notificação privada, em regra, não gerará o dever de remoção do conteúdo questionado nem a consequente responsabilização do provedor, caso ela não seja atendida. Assim, caberá ao poder judiciário, em grande parte dos casos, determinar o que é ou não ilícito, ou melhor, o que deve ou não ser removido de determinado local da rede. Decidindo o magistrado que certo conteúdo é efetivamente ilícito, caberá ao provedor removê-lo prontamente (**Marco Civil da Internet: jurisprudência comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 119).

Desse modo, a teor do art. 19 da Lei do Marco Civil da Internet, o que se tem, é que a responsabilidade civil do provedor de aplicações de Internet pelo conteúdo de terceiro é subjetiva por omissão quando este não retira o conteúdo ofensivo, após a específica e indispensável notificação judicial, pois o intuito da norma é assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, possuindo o Poder Judiciário melhores condições de fazê-lo em maior extensão.

As exceções ao disposto no referido dispositivo estão expressas na mesma lei, como por exemplo, no seu § 2º, que afasta sua aplicação as questões de direito autoral, e também no art. 21, que é o que importa ao caso, para as hipóteses de divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeo ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, englobando a chamada "pornografia de vingança", que não enseja uma ordem judicial para retirada do conteúdo, bastando tão somente a notificação privada do ofendido ao provedor apontando o material ilícito ofensivo.

Verifica-se, a teor do art. 21 da Lei n. 1.2965/14, que o legislador optou por excepcionar a regra da notificação judicial, atento a gravidade que emana da disponibilização na Internet, sem a devida autorização de seus participantes, de imagens contendo cenas de nudez de caráter privado, que indubitavelmente tem a aptidão de violar a intimidade e a privacidade da vítima, conferindo um tratamento diferenciado para tal hipótese, privilegiando a celeridade da exclusão do conteúdo ofensivo para não prolongar o dano, pois a veiculação de tal material na rede ocorre numa velocidade impressionante.

Feitas essas considerações a respeito da aplicação dos dispositivos legais em discussão, tenho para mim, como bem consignou o Ministro *Marco Aurélio*

Bellizze, que as imagens de nudez, divulgadas ilicitamente em plataforma digital, mas produzidas para fins comerciais, como na hipótese dos autos, não possuem, de fato, a natureza de caráter privado a que faz menção a norma do art. 21 da mencionada lei.

Isso fica claro, com a leitura das razões da petição inicial que revela, efetivamente, que a pretensão indenizatória tem o escopo de reparar lesão de cunho eminentemente patrimonial (divulgação gratuita não autorizada do ensaio fotográfico), e não diretamente a intimidade da autora pela divulgação de conteúdo não autorizado, não se amoldando o caso, ao comando do art. 21 da já mencionada lei.

O ensaio fotográfico de nudez realizado especificamente para sua exploração econômica por revista adulta, voltada para público seleto mediante pagamento pelo acesso no seu website, não pode mesmo ser definida como de caráter privado.

A pretensão de F, repito, é a obtenção de reparação civil por uso indevido da sua imagem, sem o seu prévio consentimento e a distribuição gratuita do seu ensaio fotográfico realizado para a Revista Sexy em Janeiro de 2017, que não foi feito pela *Google*, e não especificamente em virtude da violação de sua intimidade.

Vai daí que tirar fotos íntimas para divulgação em revista voltada para o público adulto e receber contraprestação por isso não é ilícito; ilícito é divulgar fotos tiradas em caráter particular e sem o consentimento da fotografada, o que não é o caso.

Como o ensaio fotográfico de nudez para a revista adulta foi feita por F com o fim específico de lucro, no meu sentir, elas perderam a sua natureza íntima e privada, motivo pelo qual deve ser aplicada a norma do art. 19 da Lei n. 12.965/14 e não a do art. 21.

E não vejo, em absoluto, nenhum viés machista neste entendimento, porque a minha conclusão seria a mesma se o autor da ação, por ventura, fosse do sexo masculino ou de qualquer gênero, até porque as normas legais aqui destacadas, têm incidência abstrata e genérica sobre fatos diversos.

Deve-se ressaltar que não foi a *Google* que disponibilizou as fotos íntimas de F produzidas para uma revista masculina destinada ao público adulto e, sim os "blogs" por ela hospedados, que são os únicos que devem suportar a reparação do dano aqui buscado.

Por isso, a *Google* somente poderia ser responsabilizada subsidiariamente se não cumprisse a ordem judicial para retirar o conteúdo postado ilicitamente na plataforma dos "blogs" que hospeda, o que não ocorreu, atraindo a incidência do art. 21 da Lei n. 12.965/14.

Diante do exposto, rogando todas as vênias a em. Ministra *Nancy Andrighi* e ao em. Ministro *Ricado Villas Bôas Cueva*, acompanho o voto divergente para também dar provimento ao recurso especial da *Google*, e julgar improcedentes os pedidos de indenização por danos materiais e morais, mantendo a procedência quanto a obrigação de fazer, já cumprida.

Por conseguinte, voto também no sentido de julgar prejudicado o recurso especial interposto por F.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Eminentes Colegas, pedi vista dos autos na sessão do dia 19 de outubro de 2021, para melhor exame da controvérsia, notadamente em razão do empate havido entre o voto da eminente relatora e o voto divergente, inaugurado pelo eminente Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Relembro que o recurso especial foi interposto no curso de ação cominatória e indenizatória proposta por F B C contra G B I L, com o objetivo de que a demandada fosse condenada a remover da internet páginas de blogs contendo ensaio de nudez realizado para revista, bem como a indenizar os prejuízos advindos da publicação indevida de sua imagem.

O Tribunal de origem afirmou ser aplicável, ao presente caso, o art. 21 do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14), que confere proteção contra a divulgação de conteúdo sexual de caráter íntimo. Concluiu pela responsabilidade do provedor, que, uma vez notificado, não procedeu à remoção imediata do conteúdo, providência que prescindiria de determinação judicial. Condenou a demandada, pois, ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

A recorrente, em seu recurso especial, alega, além de violação do art. 1.022, II, do CPC, a ofensa ao art. 21 do Marco Civil da Internet, sustentando que o caso não envolve publicação de fotos de nudez de caráter privado, mas, sim, reprodução não remunerada de fotografias tiradas em ensaio consensual, objeto de licenciamento para fins comerciais. Defende, assim, a inaplicabilidade do art. 21 do Marco Civil da Internet ao presente caso, argumentando que

a determinação judicial era imprescindível para a remoção do conteúdo, nos termos do art. 19 do mesmo diploma.

A eminente relatora, Ministra Nancy Andrighi, votou no sentido de negar provimento ao recurso especial, por entender ser aplicável o referido art. 21, já que "*se a pessoa posou nua para determinada revista, a publicação das imagens em outras revistas ou meios de comunicação configura violação ao seu direito de imagem*". Concluiu, assim, que "*o art. 21 do MCI não tem sua aplicação restrita às situações de pornografia de vingança, mas alcança também hipótese de divulgação de fotografias de nudez tiradas com o consentimento da vítima para publicação em determinada revista de acesso restrito, mas veiculadas em outros sites da internet sem a sua autorização*".

O eminente Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva acompanhou integralmente o voto da eminente Ministra relatora.

A divergência foi inaugurada pelo eminente Ministro Marco Aurélio Bellizze, que, acompanhado do eminente Ministro Moura Ribeiro, entendeu que o caso dos autos não se enquadra na exceção à reserva de jurisdição prevista no art. 21 do Marco Civil da Internet, uma vez que tal dispositivo legal aplica-se exclusivamente à divulgação não autorizada de imagens ou de vídeos com cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter necessariamente privado. Ressaltou, ademais, que a presente demanda não envolve a proteção a direito personalíssimo da autora, mas tão somente o ressarcimento pelos prejuízos decorrentes da divulgação, sem a devida contraprestação, de suas imagens.

Rogando vênia à eminente relatora, acompanho integralmente a divergência.

Preliminarmente, consigno que, assim que o recurso foi pautado para a presente sessão de julgamento, a autora peticionou nos autos (e-STJ fls. 1.949-1.963) alegando apresentar fatos supostamente novos, consistentes no descumprimento, pela ré, da ordem de remoção do conteúdo da Internet, o que justificaria o reconhecimento da violação, se não do art. 21 do Marco Civil da Internet, ao menos do art. 19 do mesmo diploma legal.

Porém, os fatos ora alegados não são novos. O suposto descumprimento vem sendo alegado desde a apelação, sendo que a ata notarial, embora recentemente lavrada, apenas comprovaria, conforme afirmado pela própria autora, o descumprimento que já teria sido arguido anteriormente, antes mesmo do início do julgamento do presente recurso.

Ocorre que a alegada violação do art. 19 do Marco Civil da Internet sequer é objeto do presente recurso especial, uma vez que tal dispositivo legal não

integra a causa de pedir da presente demanda, fundada no art. 21 do mesmo diploma legal, conforme se depreende da fundamentação da petição inicial (e-STJ fls. 14-16) e dos próprios pedidos (e-STJ fls. 50, item *d*).

Estando a ação fundada no art. 21 do Marco Civil da Internet, não pode a autora pretender, diante de julgamento contrário à sua pretensão, alterar a causa de pedir, para passar a fundamentar seus pedidos no art. 19.

O que se depreende da mencionada petição – apresentada quando prestes a se concluir o julgamento, antes do voto de desempate – é um mero intuito de tumultuar o feito e de protelar a decisão final no recurso. Tal petição, portanto, não tem o condão de interferir no julgamento, razão pela qual passo a proferir meu voto.

A controvérsia recursal versa acerca da possibilidade de aplicação do art. 21 do Marco Civil da Internet aos casos de divulgação indevida de materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais produzidas em ensaio fotográfico destinado a fins comerciais.

A presente demanda não versa acerca da responsabilidade civil direta da recorrente, mas, sim, de sua responsabilidade enquanto provedora de conteúdo, por atos de seus usuários.

Em hipóteses como a presente, o provedor apenas pode ser responsabilizado pelos conteúdos publicados por seus usuários quando, tendo sido determinada judicialmente a remoção, ele permanece omisso, nos termos do art. 19 do Marco Civil da Internet.

Portanto, em regra, para a remoção de qualquer conteúdo da internet, deve ser necessariamente observada a reserva de jurisdição.

A regra do art. 21 prevê que, excepcionalmente, o provedor de conteúdo será responsável subsidiário pela violação da intimidade de terceiros causada pela "*divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado*" se permanecer omisso após a notificação pelo participante ou por seu representante legal.

Tal dispositivo legal, por configurar exceção à regra de que a remoção de conteúdo da internet deve ser necessariamente objeto de determinação judicial, deve ser interpretada restritivamente, sendo imprescindível notar que o texto normativo refere-se especificamente a cenas ou atos de caráter privado.

Esta regra visa a garantir uma proteção contra a disseminação de imagens íntimas não consentidas (também conhecida como NCII, da expressão em inglês *Non-Consensual Intimate Images*).

Não se resume à pornografia de vingança, porquanto o verdadeiro intuito daquele que dissemina imagens íntimas de forma não consentida se afigura irrelevante, mas abrange toda e qualquer forma com a qual se pode revestir esta modalidade contemporânea de violência digital.

A *mens legis* do art. 21 do Marco Civil da Internet, portanto, traduz-se em uma tentativa de possibilitar à vítima desse tipo de violência uma remoção mais célere e simplificada do conteúdo que viola de forma direta, pungente e absolutamente irreparável o seu direito fundamental à intimidade.

Isso é o que se depreende da doutrina especializada (SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. Marco civil da internet: construção e aplicação. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2016, p. 107):

> Essa norma decorreu de uma demanda presente nos trabalhos legislativo de aprovação do Marco Civil no sentido de se proteger situações infelizmente usuais em que um conteúdo de natureza íntima é divulgado na rede sem a autorização de uma ou mais pessoas retratadas. Episódios de suicídios de meninas retratadas em vídeos íntimos publicados e compartilhados online sem a sua autorização no ano que antecedeu a aprovação do Marco Civil contribuíram também para que esse dispositivo fosse adicionado à redação original do projeto.

Nesse contexto, mostram-se essenciais à aplicação do mencionado art. 21: i) o caráter não consensual da imagem íntima; ii) a natureza privada das cenas de nudez ou dos atos sexuais disseminados; iii) a violação à intimidade, elementos que não se encontram presentes no caso em tela.

A recorrida, conforme se depreende do acórdão recorrido e do minucioso relatório da eminente Ministra Nancy Andrighi, cedeu os direitos de sua imagem para a Editora RickDan sobre fotografias e outros materiais produzidos em ensaio sensual realizado para a Revista Sexy, a ser disponibilizado para maiores de idade mediante pagamento em sites específicos.

A realização e a divulgação do material, tanto virtual quanto fisicamente, foram devidamente consentidas pela recorrida, inclusive internacionalmente.

Ademais, não se trata de material de natureza privada, mas, sim, de obras produzidas de forma profissional, com intuito exclusivamente comercial e destinados precipuamente à circulação.

Quanto mais o material circulasse (de forma lícita), maior seria o benefício econômico auferido pela editora e pela própria recorrida.

Por fim, não houve violação direta ao direito de intimidade da recorrida, que sequer fundamentou a presente ação em ofensa a direito da personalidade.

Conforme bem notado pelo eminente Ministro Marco Aurélio Bellizze, a presente demanda busca apenas evitar e reparar os lucros cessantes decorrentes da disseminação gratuita do material em que figura a recorrida. Como é evidente, se as fotos e os vídeos permanecerem disponíveis na internet de forma gratuita, haverá menos interessados em adquiri-los mediante pagamento, reduzindo, assim, o proveito econômico oriundo da cessão do direito de imagem.

A toda evidência, não se pode equiparar o caso dos autos à situação de disseminação de imagens íntimas não consentidas, em que a vítima tem sua intimidade devassada e publicamente violada, com a ampla e vexaminosa exposição de seu corpo de forma não consentida.

A ora recorrida não é vítima de violência, mas pretende apenas repor o que deixou de ganhar pela utilização não autorizada de suas fotografias em sites piratas. Seu interesse, portanto, é única e exclusivamente econômico.

Não se discute que a publicação gratuita e não autorizada de seu material configura ato ilícito, não apenas violador de seu direito de imagem, mas também dos direitos autorais de que são titulares, a princípio, a própria editora e os profissionais que trabalharam em sua realização.

Porém, essa ilicitude, por si só, não autoriza a aplicação do art. 21 do Marco Civil da Internet, de modo que seria imprescindível uma determinação judicial para a remoção do referido conteúdo, nos termos do art. 19 do mesmo diploma legal.

Esta parece ser a solução mais adequada a partir de duas constatações, verificadas à luz do art. 20 da LINDB, que determina que, também na esfera judicial, não se pode decidir com base em valores jurídicos abstratos, sem que se levem em consideração as consequências práticas da decisão.

Em primeiro lugar, uma interpretação excessivamente extensiva do art. 21 do Marco Civil da Internet poderia acabar por atribuir ao provedor de conteúdo a obrigação de examinar cláusulas contratuais de negócios jurídicos envolvendo terceiros, a fim de averiguar, por exemplo, se a publicação de ensaio sensual em determinado blog, rede social ou página da internet estava ou não dentro do consentimento dado pelo(a) modelo, tarefa que reconhecidamente não lhe pode ser atribuída.

Em segundo lugar, equiparar casos como o presente – de divulgação pirata de fotos sensuais de caráter comercial – a casos de disseminação não consentida de imagens íntimas poderia acabar por desvirtuar a proteção dada às vítimas

dessa violência, diminuindo o grau de reprovabilidade desse tipo de conduta e diluindo os esforços da sociedade civil e do legislador no sentido de aumentar a conscientização acerca dessa nova forma de violência surgida com a internet.

Ante o exposto, rogando novamente vênia à eminente relatora, acompanho integralmente o voto do eminente Ministro Marco Aurélio Bellizze.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.947.652-GO (2021/0037981-4)

Relator: Ministro Moura Ribeiro
Recorrente: Nivaldo Batista Lima
Advogados: Marcelo Pelegrini Barbosa - SP199877
Pedro Scudellari Filho - SP194574
Claudio Dias Bessas - MG129591
Ana Carolina Delfino Bortolotto - SP318499
Recorrido: Andre Luiz Goncalves da Silva
Advogado: Adolfo Kennedy Marques Junior - GO036543

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. *Recurso manejado sob a égide do NCPC*. Ação declaratória c/c nulidade de negócio jurídico c/c indenização por danos materiais e morais e obrigação de fazer. Direito Autoral. Decadência. Não ocorrência. Prazo prescricional incidente sobre a pretensão decorrente da responsabilidade civil contratual. Inaplicabilidade do art. 206, § 3º, V, do CC/2002. Subsunção a regra geral do art. 205, do CC/2002. Prazo decenal. Recurso não provido.

1. Aplicabilidade do NCPC neste julgamento conforme o Enunciado Administrativo n. 3 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: *Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC*.

2. Cinge-se a controvérsia em dirimir a incidência do prazo decadencial ou prescricional às pretensões deduzidas em juízo, que digam respeito ao direito de reivindicar a autoria de obra musical e as pretensões indenizatórias e compensatórias decorrentes da relação contratual entabulada pelas partes.

3. O direito da personalidade é inato, absoluto, imprescritível, está amparado na Declaração Universal dos Diretos Humanos, na Constituição pátria e na Lei n. 9.610/98 (art. 27). Por serem os direitos morais do autor inerentes aos direitos da personalidade, não se exaurem pelo não uso ou pelo decurso do tempo, sendo autorizado ao autor, a qualquer tempo, pretender a execução específica das obrigações de fazer ou não fazer decorrentes dos direitos elencados no art. 24, da Lei n. 9.610/98.

4. A legislação especial que rege a matéria, portanto, afasta o decurso do prazo decadencial quanto a pretensão de reivindicar a autoria da obra musical, razão por que não incidem as regras gerais do Código Civil na hipótese em exame (art. 178, II, do CC/2002).

5. A retribuição pecuniária por ofensa aos direitos patrimoniais do autor se submete ao prazo decenal, inseridos no contexto da relação contratual existente entre as partes.

6. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da 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 Nancy Andrighi, Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente), Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de março de 2022 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

DJe 28.3.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: *André Luiz Gonçalves da Silva* (*André*) ajuizou "ação declaratória c/c ação de nulidade de negócio jurídico c/c indenização por danos materiais e morais c/c obrigação de fazer" contra *Nivaldo Batista Lima*, conhecido como cantor "*Gusttavo Lima*" (*Gusttavo*), objetivando ver reconhecido seu direito autoral sobre a integralidade das músicas intituladas "Fora do Comum" e "Armadura da Paixão", indevidamente registradas em coautoria pelo cantor.

Pleiteou, assim, a declaração de nulidade do contrato ou documento que atribuiu a coautoria da obra musical, a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, além do dever de o cantor declarar ao público que a música "Fora do Comum" é de sua autoria exclusiva, ou seja, do autor, *André* (e-STJ, fls. 2/12).

A sentença julgou extinto o feito com resolução do mérito diante da ocorrência da prescrição, nos termos do art. 487, II, do CPC/2015, sob o fundamento de que o prazo prescricional aplicável aos fatos é de três anos, nos termos do art. 206, § 3º, V, do CPC/2015 (e-STJ, fls. 290/295).

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás deu provimento ao recurso de apelação de *André* para afastar a ocorrência da prescrição e cassar a sentença a fim de permitir a dilação probatória, além de afastar também a decadência do direito do autor, em acórdão assim ementado:

> Ementa: Apelação cível. Ação declaratória c/c nulidade de negócio jurídico c/c indenização por danos materiais e morais e obrigação de fazer. Gratuidade da justiça. Impugnação. Violação aos direitos do autor. Obrigação contratual. Decadência afastada. Prescrição decenal. Não ocorrência. Teoria da causa madura. Inaplicabilidade. Necessidade de dilação probatória.
>
> I - Compete à parte contrária comprovar, mediante prova inconteste, a inexistência ou desaparecimento dos requisitos essenciais à concessão do benefício de assistência judiciária. Não produzida pelo requerido/apelado prova documental robusta, incontestável e apta a comprovar que o autor/apelante não faz jus à gratuidade da justiça concedida pelo magistrado singular, não deve ser acolhida a impugnação.
>
> II- Em relação aos direitos morais do autor, a legislação especial prevê expressamente (art. 24, inciso I, da Lei 9.610/1988) que o autor pode, a qualquer tempo, reivindicar a autoria da obra, bem como que se tratam de direitos irrenunciáveis e inalienáveis. Portanto, os direitos morais do autor, dentre eles, o direito de paternidade sobre os fonogramas ora reivindicados, podem ser

pleiteados a qualquer tempo, devendo ser afastada a alegada decadência. Não se aplicam as regras gerais do Código Civil ao caso em exame, pois a legislação especial que regula a matéria afasta a incidência da decadência.

III- No tocante aos casos de violação de direitos do autor, nem a Lei n. 9.610/1988, tampouco o Código Civil de 2002, possuem previsão expressa quanto ao prazo prescricional, portanto, aplica-se "o prazo de 03 anos (artigo 206, § 3º, V) quando tiver havido ilícito extracontratual ou então o prazo de 10 anos (artigo 205), quando a ofensa ao direito autoral se assemelhar a um descumprimento contratual (REsp 1.159.317/SP e REsp 1.313.786/MS).

IV- É incontroverso o estabelecimento de acordo, principalmente após a petição apresentada pelo apelado/requerido, que confessa a realização do negócio jurídico entre as partes em relação às canções objeto do litígio, sendo controvertido apenas os limites relativos ao que restou acordado. Logo, o prazo prescricional aplicável é de 10 (dez) anos, previsto no 205 do Código Civil de 2002.

V- Deve ser considerando como termo inicial para a fluência do prazo prescricional decenal, a data em que o autor assinou o contrato de cessão de direitos autorais com a sua então editora, pois o referido documento demonstra que o apelante já tinha pleno conhecimento que a canção debatida não havia sido registrada integralmente em seu nome.

VI- Afastada a alegação de prescrição, não há que se falar na aplicação ao caso em estudo do disposto no art. 1.013, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, sem que se tenha oportunizado a produção das provas requeridas por ambas as partes, e reiterada pelo apelado nas contrarrazões recursais, por violação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, inerentes ao devido processo legal.

Apelo conhecido e provido. Sentença cassada. (e-STJ, fl. 453)

Contra esse acórdão *Gusttavo* interpôs recurso especial com base no art. 105, III, *a*, da CF, alegando ofensa aos arts. 178, II, 206, § 3º, V, do CC/2002 e aos arts. 24, I, e 27, da Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1988), uma vez que *(1)* ocorreu o decurso do prazo decadencial de quatro anos para pleitear a anulação de negócio jurídico fundado em erro/dolo; *(2)* a discussão não se refere a direito autoral, pelo contrário, se refere a negócio jurídico que resultou em obras musicais, devendo receber a tutela do CC/2002 que prevê a decadência do direito para pleitear a nulidade do negócio celebrado entre as partes; e *(3)* é aplicável ao caso o prazo de prescrição trienal previsto no art. 206, § 3º, V, do CC/2002 (e-STJ, fls. 457/482).

As contrarrazões foram apresentadas às e-STJ, fls. 493/494.

O recurso especial não foi admitido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás sob o fundamento de que *a conclusão sobre o acerto ou desacerto da decisão*

recorrida demandaria incursão no acervo fático-probatório dos autos, o que impede o trânsito do Recurso Especial, nos termos da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça (e-STJ, fls. 497/499).

Contra o juízo de prelibação do Tribunal local *Gusttavo* interpôs agravo em recurso especial sustentando que não incide o óbice da Súmula n. 7 do STJ porque não há necessidade de reexame de fatos, mas de matéria exclusivamente de direito relacionada à interpretação da lei quanto a ocorrência de decadência e/ou prescrição do direito do autor (e-STJ, fls. 503/509).

A contraminuta não foi apresentada, conforme certificado à e-STJ, fl. 514.

O agravo foi convertido em recurso especial para melhor análise da controvérsia (e-STJ, fls. 522/525).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): De plano vale pontuar que as disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade dos recursos, são aplicáveis ao caso concreto ante os termos do Enunciado Administrativo n. 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016:

> Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

Cinge-se a controvérsia em dirimir a incidência do prazo decadencial ou prescricional às pretensões deduzidas em juízo, que digam respeito ao direito de reivindicar a autoria de obra musical e as pretensões indenizatórias e compensatórias decorrentes da relação contratual entabulada pelas partes.

(1) Breve histórico dos fatos

Conforme constou no relatório, *André*, compositor, ajuizou "ação declaratória c/c ação de nulidade de negócio jurídico c/c indenização por danos materiais e morais c/c obrigação de fazer" contra *Gusttavo*, cantor, objetivando o reconhecimento do seu direito autoral sobre a integralidade das músicas intituladas "Fora do Comum" e "Armadura da Paixão", indevidamente registradas em coautoria pelo cantor.

Pleiteou, assim, a declaração de nulidade do contrato ou documento que atribuiu a coautoria da obra musical, a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, além do dever de o cantor declarar ao público que a música "Fora do Comum" é de autoria exclusiva dele, *André* (e-STJ, fls. 2/12).

A sentença julgou extinto o feito com resolução do mérito diante da ocorrência da prescrição, nos termos do art. 487, II, do CPC/2015, sob o fundamento de que o prazo prescricional aplicável aos fatos é de três anos, nos termos do art. 206, § 3º, V, do CPC/2015 (e-STJ, fls. 290/295).

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás deu provimento ao recurso de apelação de *André* para afastar a prescrição e cassar a sentença a fim de permitir a dilação probatória, além de afastar, também, a decadência do direito do autor.

É contra esse acórdão o inconformismo de *Gusttavo*, alegando ofensa aos arts. 178, II, 206, § 3º, V, do CC/2002 e aos arts. 24, I, e 27, da Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1988), firme na tese de que a pretensão autoral é natimorta diante do decurso dos prazos de decadência e de prescrição para o ajuizamento da demanda.

(2) Da proteção conferida pela legislação aos direitos autorais

A CF/1988, em seu art. 5º, XXVII e XXVIII, alíneas *a* e *b*, trata da proteção ao direito autoral, reconhecendo a exclusividade dos direitos dos autores de obras científicas, literárias e artísticas de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

O direito autoral é considerado como um direito personalíssimo, espécie inerente ao núcleo de direitos fundamentais do qual fazem parte a privacidade, a liberdade, a vida, e está vinculado com a proteção da individualidade.

Por tal razão, o direito autoral é, na sua parcela mais subjetiva, intransferível, inegociável, indisponível e irrenunciável, tanto quanto o são integralmente o direito à liberdade ou o direito à privacidade.

O art. 22 da Lei n. 9.610/98 dispõe que *pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou*.

Os direitos morais do autor, de essência personalíssima, garantem ao titular os direitos elencados no art. 24 da Lei n. 9.610/98, dentre eles o direito à paternidade, de reivindicar a autoria da obra e de ter o seu nome nela indicado. Estão ligados, essencialmente, à integridade criativa e à paternidade da obra.

Precisamente sobre os direitos morais do autor, o art. 24, I da Lei n. 9.610/98, dispositivo suscitado na irresignação recursal, dispõe que:

> Art. 24. São direitos morais do autor:
>
> I – o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

Os direitos patrimoniais, de índole material, por seu turno, conferem ao autor o *direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica* (art. 28). Dizem respeito, portanto, a exploração econômica da criatividade do autor.

Desse modo, os direitos autorais de obra intelectual devem ser visualizados sob uma dualidade de atributos: direito de natureza patrimonial e direito de caráter extrapatrimonial, isto é, detém o autor a titularidade de direitos material e moral.

PONTES DE MIRANDA já reconhecia essa dualidade dos direitos do autor:

> A obra científica, artística ou literária dá ensejo a diferentes direitos, o primeiro dos quais é o direito autoral de personalidade [...] que precede, gnoseológica e logicamente, às relações jurídicas em que o objeto é bem patrimonial ou tem valor patrimonial. *O direito autoral de personalidade e o direito autoral patrimonial são inconfundíveis*. (Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo XVI. Direito das Coisas, Propriedade Intelectual e Propriedade Industrial. Atualizado por Marcos Alberto Sant´Anna Bitelli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. pp. 65/66 - sem destaque no original).

CARLOS ALBERTO BITTAR bem destacou as funções próprias dos direitos extrapatrimoniais e patrimoniais do autor:

> Cada bloco de direitos cumpre funções próprias: os *direitos de cunho moral* se relacionam à defesa da personalidade do criador, consistindo em verdadeiros óbices a qualquer ação de terceiros com respeito à sua criação; já os *direitos de ordem patrimonial* se referem à utilização econômica da obra, representando os meios pelos quais o autor dela pode retirar proventos pecuniários" (Direito de autor. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pág. 68 – sem destaques no original).

Na mesma linha é o entendimento de ARNALDO RIZZARDO, para quem o direito autoral envolve duas dimensões: a pessoal (ou moral) e a patrimonial, *a primeira corresponde ao aspecto intelectual, reconhecendo-se ao autor a paternidade da obra, que é sua criação. Daí torna-se a mesma inseparável do autor* (Direito das Coisas. 2007. 3ª ed. RJ. Forense. pág. 672).

Os direitos patrimoniais diferenciam-se dos direitos morais particularmente pela possibilidade de o autor poder deles dispor, já que é alienável, penhorável, temporário e prescritível, enquanto os direitos morais se encontram permanentemente investidos, incrustados, na pessoa do autor, criador da obra artística.

Relevante, pois, perceber que a decadência ou prescrição devem ser analisadas a partir da pretensão deduzida em juízo e, especificamente, em relação ao direito do autor, a aplicação dos institutos deve observar a dicotomia entre a pretensão relacionada ao direito patrimonial ou extrapatrimonial do autor.

(3) Da pretensão de reivindicar a autoria da obra

O direito do autor está protegido pelo direito da personalidade, que são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, ...), a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária), e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social), como pondera MARIA HELENA DINIZ (Curso de Direito Civil. São Paulo: Ed. Saraiva, vol. 1, pág. 135).

Segundo PONTES DE MIRANDA, *o direito à personalidade é inato, no sentido que nasce com o indivíduo; é aquele poder "in se ipsum", [...] que não é direito sobre a própria pessoa: é direito que se irradia do fato jurídico da personalidade (= entrada, no mundo jurídico, do fato do nascimento do ser humano com vida)*, consagrando a tutela dos direitos fundamentais e os próprios da pessoa humana (vida, liberdade e igualdade). (Tratado de Direito Privado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, Tomo VII, págs. 68 e 69).

A proteção ao direito do autor é de tal monta que dele se preocupou o inciso XXVII, item 2, da Declaração Universal dos Direito Humanos, deixando ali construído o princípio de que todo ser humano tem direito a proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor.

Na Constituição Federal, destacam-se os incisos V, X e XVII, do art. 5º, que veiculam princípios expressos no sentido de proteger os autores de obras, de tal modo que a eles pertence o uso exclusivo de utilização, publicação e reprodução delas, só sendo transmissível aos herdeiros, nos termos da lei (inciso XVII).

Bem por isso, os direitos da personalidade têm caráter absoluto, com eficácia *erga omnes* (contra todos), principalmente se confrontados com os direitos pessoais puros, como os direitos obrigacionais e contratuais (TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Rio de Janeiro: Ed. gen/Forense, 12ª edição, vol. 1, pág. 158).

Sobre as características dos direitos da personalidade, vem à luz a lição de FRANCISCO AMARAL para quem eles *são inerentes à pessoa, intransmissíveis, inseparáveis do titular, e por isso se chamam, também, personalíssimos, pelo que se extinguem com a morte do titular. Consequentemente, são absolutos, indisponíveis, irrenunciáveis,* ***imprescritíveis*** *e extrapatrimoniais. [...] Indisponíveis, porque insuscetíveis de alienação, não podendo o titular a eles renunciar, por inerentes à pessoa, ou até limitá-los, salvo nos casos previstos em lei. Essa indisponibilidade não é, porém, absoluta, admitindo-se, por exemplo, no acordo que tenha por objeto direito da personalidade, como ocorre no caso de cessão do direito de imagem para fins de publicidade*. (Direito Civil - Introdução. 8ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2014, pág. 303).

E não é só: CARLOS ALBERTO BITTAR ensina com lucidez e na mesma toada sobre os direitos da personalidade que eles são *inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis,* ***imprescritíveis****, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis "erga omnes"* (Os Direitos da Personalidade. 8ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015, pág. 43).

O art. 11 do CC/02 estabelece que *os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária*.

O Enunciado n. 4 do CJF/STJ, que foi aprovado na I Jornada de Direito Civil, tem o seguinte teor: *o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral*.

Por seu turno, o art. 27 da Lei n. 9.610/98 afirma que *os direitos morais do autor são* ***inalienáveis*** *e* ***irrenunciáveis***.

Em arremate, a doutrina de ATALÁ CORREIA exemplifica a teoria com a situação analisada no presente caso, de reivindicação de autoria de obra artística:

> Diante desse cenário, é legítimo perquirir se todas as pretensões que surgem da violação do direito prescrevem e estão sujeitas aos mesmos prazos. *Para bem exemplificar o problema, tome-se a situação de um autor que teve sua obra*

> *usurpada, ou seja, que foi reproduzida e republicada por outrem, com atribuição falsa de autoria*. Nessa situação, além de poder pleitear a reparação de danos materiais e morais, ele pode também pleitear que seja corrigida a falsidade, com atribuição correta da autoria. Havendo inércia de sua parte, sua pretensão haveria de se extinguir? Em outras palavras, mantendo-se as obras em público, com falsa atribuição de autoria, esse ilícito haveria de se perpetuar no tempo?
>
> A situação se passa de modo semelhante àquela que vimos quando tratamos do direito de propriedade. Domínio sem sequela, propriedade não é. *Direito de autor sem certo poder-exigir, de igual modo, não é direito. Dito de outra maneira, o autor não perde sua propriedade intelectual pelo não-uso. Os direitos de autor não se extinguem por usucapião. O autor pode, mesmo após muitos anos da divulgação de uma obra, exigir que ela passe a ser identificada como sua*. (Prescrição – Entre Passado e Futuro. São Paulo: Ed. Almedina, 2021, págs. 259/260).

Portanto, a autoria da obra pode ser reivindicada a qualquer tempo, se encontra amparada pelo direito moral do autor, oponível *erga omnes* e protegida pelo direito autoral.

Na hipótese dos autos, a pretensão veiculada na inicial de reivindicar a autoria integral da obra e de ter o seu nome anunciado como sendo o autor exclusivo da composição musical configuram direitos morais do autor, que impõem obrigações de fazer ou não fazer oponíveis *erga omnes*, elencadas no art. 24, I e II da Lei n. 9.610/98.

Como direito potestativo que é, aplica-se em relação a esta vertente do direito autoral as regras relativas à decadência.

A decadência, segundo JOSÉ FERNANDO SIMÃO é o *fenômeno extintivo de direitos potestativos aos quais se fixou um prazo para seu exercício* (Prescrição e Decadência: Início dos Prazos. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, pág. 193).

No entanto, a Lei n. 9.610/98 não prevê prazo decadencial para os direitos morais do autor, ao contrário, afirma expressamente que o autor da obra pode reivindicá-los a qualquer momento:

> Art. 24. São direitos morais do autor:
>
> I - o de reivindicar, *a qualquer tempo*, a autoria da obra;

A legislação especial que rege a matéria, portanto, afasta o decurso do prazo decadencial, razão por que não incidem as regras gerais do Código Civil na hipótese em exame (art. 178, II, do CC/2002).

Em suma, diante do contexto destacado e sopesando que o direito da personalidade é inato, absoluto, imprescritível, está amparado na Declaração Universal dos Diretos Humanos, na Constituição pátria e na Lei n. 9.610/98 (art. 27), por serem os direitos morais do autor inerentes aos direitos da personalidade, não se exaurem pelo não uso ou pelo decurso do tempo, sendo autorizado ao autor, a qualquer tempo, pretender a execução específica das obrigações de fazer ou não fazer decorrentes dos direitos elencados no art. 24, da Lei n. 9.610/98.

(4) Da pretensão indenizatória

A cobrança dos direitos decorrentes da reprodução da obra musical se insere na pretensão de reparação civil, uma vez que a ausência de pagamento dos valores referentes aos direitos autorais implica inobservância de um dever legal, com inegável prejuízo ao titular ou beneficiário.

A essa vertente do direito autoral aplicam-se as regras relativas à prescrição.

Os prazos prescricionais *não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrindo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a exigibilidade ou acionabilidade* (PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado – Parte Geral – tomo VI. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2013, pág. 219).

No tocante aos casos de violação de direitos do autor, nem a Lei n. 9.610/1998, tampouco o CC/2002, possuem previsão expressa quanto ao prazo prescricional aplicável à espécie.

Na legislação pátria de direito do autor tradicionalmente se atribuiu o prazo prescricional de cinco anos para as pretensões de cunho patrimonial, indenizatórias ou creditórias, conforme previsão expressa do art. 178, §10, VII do CC/1916 e do art. 131 da Lei n. 5.988/1973.

Com o advento da Lei n. 9.610/1998 o art. 111, que previa igualmente o prazo quinquenal, foi vetado, passando a jurisprudência a entender que o prazo aplicável era o vintenário, nos termos da regra geral do art. 177 do CC/1916.

Sob a égide do CC/2002 a prescrição geral foi reduzida para o prazo decenal (art. 205) e, ainda, foi previsto o prazo trienal para a pretensão de reparação civil (art. 206, § 3º, V).

Apresentam-se, assim, dois dispositivos legais passíveis de aplicação no caso concreto: *(1)* o art. 206, § 3º, V, fixa prazo prescricional de três anos para a

pretensão de reparação civil, e *(2)* o art. 205, de caráter subsidiário, que fixa prazo de 10 anos.

A Corte Especial do STJ, no julgamento do EREsp n. 1.281.594/SP, concluiu que, nas pretensões relacionadas a responsabilidade contratual, aplica-se a regra geral (art. 205 do CC/2002), que prevê dez anos de prazo prescricional e, nas demandas que versem sobre responsabilidade extracontratual, aplica-se o disposto no art. 206, § 3º, V, do mesmo diploma, com prazo prescricional de três anos.

Confira-se a ementa do aludido julgado:

> Civil e Processual Civil. Embargos de divergência no recurso especial. Dissenso caracterizado. Prazo prescricional incidente sobre a pretensão decorrente da responsabilidade civil contratual. Inaplicabilidade do art. 206, § 3º, V, do Código Civil. Subsunção à regra geral do art. 205, do Código Civil, salvo existência de previsão expressa de prazo diferenciado. Caso concreto que se sujeita ao disposto no art. 205 do Diploma Civil. Embargos de divergência providos.
>
> *[...] III - A unidade lógica do Código Civil permite extrair que a expressão "reparação civil" empregada pelo seu art. 206, § 3º, V, refere-se unicamente à responsabilidade civil aquiliana, de modo a não atingir o presente caso, fundado na responsabilidade civil contratual*.
>
> IV - Corrobora com tal conclusão a bipartição existente entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual, advinda da distinção ontológica, estrutural e funcional entre ambas, que obsta o tratamento isonômico.
>
> V - O caráter secundário assumido pelas perdas e danos advindas do inadimplemento contratual, impõe seguir a sorte do principal (obrigação anteriormente assumida). Dessa forma, enquanto não prescrita a pretensão central alusiva à execução da obrigação contratual, sujeita ao prazo de 10 anos (caso não exista previsão de prazo diferenciado), não pode estar fulminado pela prescrição o provimento acessório relativo à responsabilidade civil atrelada ao descumprimento do pactuado.
>
> *VI - Versando o presente caso sobre responsabilidade civil decorrente de possível descumprimento de contrato de compra e venda e prestação de serviço entre empresas, está sujeito à prescrição decenal (art. 205, do Código Civil). Embargos de divergência providos*.
>
> (EREsp 1.281.594/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, Corte Especial, j. 15/5/2019, DJe 23/5/2019 – sem destaques no original)

No mesmo sentido são os seguintes precedentes:

Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de obrigação de fazer cumulada com reparação por dano material. Prequestionamento. Ausência. Súmula 211/STJ. Reexame de fatos e provas. Inadmissibilidade. Consonância entre o acórdão recorrido e a jurisprudência do STJ. Responsabilidade civil. Prescrição da pretensão. Inadimplemento contratual. Prazo de dez anos.

[...] 4. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de ser aplicável o prazo prescricional decenal (artigo 205 do Código Civil) às pretensões indenizatórias decorrentes de inadimplemento contratual. Precedentes.

5. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas.

6. Agravo interno no agravo em recurso especial não provido.

(AgInt no AgInt no AgInt no AREsp 1.246.079/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 24/6/2019, DJe 26/6/2019 – sem destaque no original)

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Consonância do acórdão recorrido com o entendimento preconizado por esta Corte. Súmula 83/STJ.

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, incide a prescrição decenal à hipótese de indenização por violação de direito autoral, assemelhado a um descumprimento contratual. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 707.210/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 18/8/2015, DJe 25/8/2015 – sem destaque no original)

Civil e Processo Civil. *Direito Autoral*. Prescrição. Pretensão de cobrança do ECAD. Sucessão de leis no tempo.

1.- O art. 131 da Lei n. 5.988/73 revogou o art. 178, § 10, VII, do CC/16, que fixava prazo prescricional de 05 anos por ofensa a direitos do autor, pois regulou inteiramente a matéria tratada neste.

2.- Revogada a Lei n. 5.988/73 pela Lei n. 9.610/98, que não dispôs sobre prazo prescricional e nem determinou a repristinação do 178, § 10, VII, do CC/16, a matéria passou a ser regulada pelo art. 177 do CC/16, aplicando-se o prazo prescricional de 20 anos.

3.- O Código Civil de 2002 não trouxe previsão específica quanto ao prazo prescricional incidente em caso de violação de direitos do autor, sendo de se aplicar o prazo de 03 anos (artigo 206, § 3º, V) quando tiver havido ilícito extracontratual ou então o prazo de 10 anos (artigo 205), quando a ofensa ao direito autoral se assemelhar a um descumprimento contratual, como na hipótese.

4.- Recurso Especial a que se nega provimento.

(REsp 1.159.317/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 11/3/2014, DJe 18/3/2014 – sem destaques no original)

Na hipótese, o Tribunal goiano, ao analisar o contexto fático dos autos, concluiu que a relação entabulada entre as partes configurou responsabilidade civil fundada em suposto descumprimento contratual, razão por que se aplica o prazo de prescrição decenal:

[...]

No feito em tela, o autor ajuizou a presente ação declaratória c/c nulidade de negócio jurídico c/c indenização por danos materiais e morais e obrigação de fazer, sob a alegação de ser o único autor das músicas intituladas "Fora do Comum" e "Armadura da Paixão", sendo, portanto, o detentor de 100% (cem por cento) sobre os direitos autorais dos referidos fonogramas.

Relatou, em suma, que entre os anos de 2010 e 2011, o requerido entrou em contato com o autor, através de aplicativo da internet, momento em que teriam formulado o seguinte acordo "o Requerido Gusttavo Lima, em troca da exploração da canção Fora do Comum e Armadura da Paixão, propõe ao Requerente que daria parceria a ele em duas (2) músicas de sua autoria (Amor de Poeta e Sol) em troca da parceria nas duas (2) músicas que o Requerente havia composto, qual seja, Fora do Comum e Armadura da Paixão."

Alegou que o pacto não foi cumprido pelo requerido, não tendo este ofertado a parceria nas 2 (duas) músicas de sua autoria, tendo, ainda, registrado a música "Fora do Comum" como se fosse de sua coautoria, em 50% (cinquenta por cento).

Asseverou que o requerido enviou, por correio, toda a documentação relativa ao registro e exploração das músicas, tendo o autor, segundo afirma, por desconhecer a lei e estar de boa fé, assinado os papéis e devolvido ao requerido.

O requerido, na contestação (evento 26), em relação aos fatos ocorridos, alegou que o autor entrou em contato diretamente consigo ofertando suas canções para gravação; recebeu as músicas e fez as adequações devidas, com o consentimento do autor; a conversa juntada pelo autor não reflete a realidade do ocorrido; todas as músicas ("fora do comum", "armadura da paixão" e "amor de um poeta", sendo esta última de exclusiva autoria do requerido, sem nenhuma participação do autor), foram devidamente registradas junto ao ECAD na razão de 50% para cada um; em 31/01/2011, o autor editou sua cota parte da obra "fora do comum" junto a Editora Pantanal, outorgando-lhe poderes para negociar seus direitos sobre a obra com terceiros; como o autor editou justamente o percentual que lhe competia, qual seja, 50%, não há que se falar que foi surpreendido ou que houve má-fé por parte do requerido; o autor assinou, à época, documentos para a gravadora *Som Livre*, que não fixa fonograma sem a devida autorização do compositor, concedendo autorização de gravação; os direitos autorais são pagos

> a cada uma das partes pelo ECAD através de suas respectivas associações de defesa de direitos autorais; que "ao contrário do alegado pelo Autor, o Requerido cumpriu todo o pactuado, não restando nenhuma obrigação".
>
> [...]
>
> *É incontroverso o estabelecimento de acordo, principalmente após a petição apresentada pelo apelado/requerido, que confessa a realização do negócio jurídico entre as partes (evento 97), em relação às músicas "Fora do Comum", "Armadura da Paixão" e "Amor de um Poeta", sendo controvertido apenas os limites relativos ao que restou pactuado.*
>
> Ademais, acrescente-se que, embora se possa afirmar que o suposto registro de obra na condição de coautor, sem a efetiva participação/permissão na sua elaboração, constitua um ato ilícito, não é possível comparar esse ilícito, dentro do contexto descrito nos autos, ao ato ilícito tradicionalmente associado aos danos que dão causa à reparação civil.
>
> *Consequentemente, tratando-se de pretensão de cobrança de direitos autorais derivada de suposto descumprimento contratual, o prazo prescricional aplicável é de 10 (dez) anos, previsto no 205 do Código Civil de 2002.*
>
> [...]
>
> Na confluência do exposto, dou provimento ao recurso de apelação, para o fim de afastar no caso concreto a ocorrência da prescrição e cassar a sentença vergastada a fim de permitir a dilação probatória, em especial a realização da audiência de instrução e julgamento, ficando afastada a ocorrência de decadência suscitada pelo apelado, nos termos da fundamentação.
>
> É o voto. (e-STJ, fls. 438/453)

Desse modo, tendo a Corte local apurado que a demanda diz respeito a pretensão indenizatória em razão do descumprimento de obrigação contratual, não é aplicável ao caso o prazo de prescrição trienal previsto no artigo 206, § 3º, V, do CC/2002.

Observa-se, assim, que o acórdão recorrido está em sintonia com a jurisprudência firmada nesta Corte, que reconhece a incidência da prescrição decenal, prevista no art. 205 do CC/2002, na pretensão relacionada a responsabilidade contratual, como é a hipótese dos autos.

Ainda que assim não fosse, a aplicação ao caso da prescrição trienal prevista no art. 206, § 3º, V, do CPC/2015 também não atingiria a pretensão indenizatória autoral, uma vez que os danos patrimoniais se perpetuam no tempo, configurando lesões continuadas, cujo prazo prescricional deve ser contado do último ato praticado ou a cada dia em que o direito é violado, conforme precedente da minha relatoria sobre o tema:

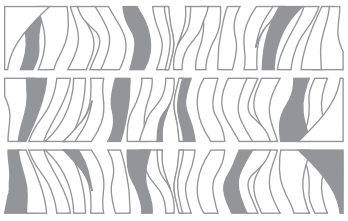
> Civil. Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Recurso manejado sob a égide do CPC/73. Ação indenizatória. Violação de direito autoral. Plágio de obra literária. Dano moral e material. Arts. 189 e 206, § 3º, V, do CC. Prazo prescricional. Violação continuada. Termo inicial. Data da última exibição da novela. Precedente. Pedido de produção de prova pericial feito por ambas as partes. Deferimento. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa configurado. Reforma. Incidência da Súmula n. 7 do STJ.
>
> 1. Inaplicabilidade do NCPC neste julgamento 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.
>
> *2. O prazo prescricional para a propositura de ação indenizatória por ofensa a direito autoral é de 3 anos. Porém, o termo a quo nasce a cada dia em que o direito é violado. Assim, se a violação do direito é continuada, de tal forma que os atos se sucedam em sequência, a prescrição ocorre do último deles*.
>
> 3. No caso concreto, a alegada lesão ao direito da autora se protraiu no tempo, de 20/6/2005, data em que apresentado o primeiro capítulo, até 10/3/2006, quando exibido o último capítulo do folhetim, não se encontrando prescrita a ação ajuizada aos 9/9/2008).
>
> 4. Prevalece nesta Corte o entendimento de que o magistrado, como destinatário final das provas, pode, com base em seu livre convencimento, indeferir ou deferir aquelas que considere dispensável ou não à solução da lide, sendo inviável, em recurso especial, "rever se determinada prova era de fato necessária, porquanto tal procedimento é vedado pela Súmula 7 do Tribunal." (AgRg no AREsp 604.807/PI, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, Primeira Turma, j. 17/3/2016, DJe 1º/4/2016).
>
> 5. O julgamento antecipado da lide, sem oportunizar às partes a produção de prova anteriormente deferida constitui cerceamento ao direito de defesa. Precedentes.
>
> 6. Agravo regimental não provido.
>
> (AgRg no AREsp 661.692/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. 27/6/2017, DJe 4/8/2017 – sem destaque no original)

Em suma, a retribuição pecuniária por ofensa aos direitos patrimoniais do autor se submete ao prazo decenal, inseridos no contexto da relação contratual existente entre as partes.

Nessas condições, ***nego provimento*** ao recurso especial.

Deixo de majorar *os honorários advocatícios* com fundamento no art. 85, § 11, do NCPC, porque o acórdão do Tribunal estadual que deu provimento a apelação do autor, *André*, afastou a prescrição e cassou a sentença *a fim de permitir a dilação probatória, em especial a realização da audiência de instrução e julgamento* (e-STJ, fl. 452).

É o voto.



Quarta Turma

RECURSO ESPECIAL N. 1.237.567-MT (2011/0026377-9)

Relator: Ministro Marco Buzzi
Recorrente: Carlos Roberto Ruvieri de Souza
Advogados: Charles Baccan Júnior - SP196702
Paula Cardoso Pires e outro(s) - DF023668
Charles Baccan Júnior e outro(s) - RO002823A
Recorrido: Jorge Luiz Villas Boas
Advogados: Francisco Anis Faiad - MT003520
Tânia Regina Ignotti Faiad - MT005931
Felipe Cardoso de Souza Higa - MT014500
Murilo Mateus Moraes Lopes - MT012636
Marina Ignotti Faiad - MT016735
Bruno Sampaio Saldanha - MT008764O

EMENTA

Recurso especial (art. 105, inc. III, "a" e "c", da CF/88). *Ação desconstitutiva* (resolução de contrato de arrendamento rural) c/c *reintegração de posse e pedido condenatório* (indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais). Pleitos julgados parcialmente procedentes pelas instâncias ordinárias.

Irresignação do réu/arrendante.

Coisa julgada superveniente à interposição do recurso especial. Resolução do compromisso de compra e venda de fração ideal de imóvel rural no qual amparado o direito do autor da demanda subjacente a este apelo nobre. Pressuposto lógico-jurídico para propositura da ação desconstituído. Reconhecimento da ilegitimidade ativa *ad causam*.

Hipótese: cinge-se a controvérsia em decidir acerca de pedido de resolução de contrato de arrendamento rural celebrado com o antigo usufrutuário do imóvel, ajuizado por aquele que se diz novo proprietário do aludido bem, considerando-se, ainda, a alegação de fato novo (coisa julgada superveniente).

1. Ausente qualquer conteúdo decisório no ato impugnado, revela-se manifestamente inadmissível a interposição de agravo interno em face de despacho, a impor o não conhecimento do reclamo manejado às fls. 1.901-1.937

2. O incidente de falsidade não se destina a eventual reconhecimento de invalidade de sentença, com trânsito em julgado (fato novo a ser considerado no presente julgamento), na medida em que estabelecidas, no ordenamento jurídico pátrio, vias próprias e adequadas para desconstituição ou invalidação de decisão judicial com trânsito em julgado, quais sejam a ação rescisória e a *querela nullitatis*.

3. A suspensão deste feito por eventual prejudicialidade externa não é admissível, pois superado em muito o prazo de um ano previsto no § 4º do artigo 313 do NCPC (correspondente ao art. 265, § 5º, do CPC/73), haja vista ter sido este recurso especial distribuído a esta Corte Superior em 24 de fevereiro de 2011, não podendo aguardar indefinidamente o desfecho de outras demandas, notadamente porque, *in casu*, o processo encontra-se hábil a julgamento, a considerar a situação jurídica vigente.

4. Reconhecimento, em sentença transitada em julgado, proferida em outra ação judicial, da circunstância de que o autor da presente lide de rescisão de contrato e reintegração de posse jamais, em tempo algum, fora titular (proprietário) do bem imóvel em disputa na demanda ora em julgamento, fato que, agora demonstrado, enseja a constatação superveniente, neste grau de jurisdição, da intransponível ilegitimidade ativa *ad causam*, conforme determina o artigo 493 do atual Código de Processo Civil (art. 462 do CPC/73). Ainda assim, a matéria (ausência de legitimidade ativa) foi deduzida nas instâncias ordinárias e prequestionada.

4.1 Conhecido o recurso especial, esta Corte detém cognição ampla para o julgamento da lide, podendo, ao aplicar o direito à espécie, levar em consideração fatos novos, extintivos do direito de uma das partes, ocorridos posteriormente ao ajuizamento da ação, nos termos do art. 462 do CPC/73 (art. 493 do CPC/15). (cf. AgInt nos EDcl no REsp 1.327.956/SP, Rel. Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, *Terceira Turma*, julgado em 27/06/2017, DJe 03/08/2017)

4.2 Havendo posterior decisão judicial, com trânsito em julgado, reconhecendo a resolução do compromisso de compra e venda de imóvel rural - título no qual se fundava o alegado direito do autor -, evidente sua ilegitimidade ativa para ajuizar demanda de resolução de contrato de arrendamento rural, relativo ao bem em questão.

5. Recurso especial ***provido***, a fim declarar a ilegitimidade ativa, e, em consequência, deixar de apreciar o mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão (Presidente), Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de março de 2022 (data do julgamento).

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 1º.4.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Carlos Roberto Ruvieri de Souza*, com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição da República, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.

Da análise dos autos, verifica-se que o conflito subjacente ao presente reclamo refere-se a imóvel originariamente objeto de usufruto vitalício, instituído em 1996 em favor de *Francisco José de Souza*, o qual era pai tanto de Sandra A. R. de Souza, cessionária de fração ideal do bem em questão, quanto do ora recorrente (*Carlos Roberto Ruvieri de Souza*).

Em 17 de dezembro de 1997, *Jorge Luiz Villas Boas*, ora recorrido, celebrou compromisso de compra e venda com *Sandra Aparecida Ruvieri de Souza*, sua companheira à época e irmã do ora recorrente, para aquisição de fração ideal que a ela pertencia (50% - cinquenta por cento) do aludido imóvel rural, com área total de 978,4 hectares (matrículas n. 3.030, 5.587, 6.853 e 8.275), denominado Fazenda da Prata, localizado às margens da Rodovia BR-070, no Município de Poconé, no Estado do Mato Grosso.

Consoante se depreende da exordial, em 5 de junho de 2003, o usufrutuário *Francisco J. Souza* firmou contrato de arrendamento rural da totalidade da Fazenda Prata com um de seus filhos, *Carlos R. R. de Souza*, ora recorrente, ao custo de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) anuais, para exploração da pecuária extensiva.

Em 17 de janeiro de 2004, Francisco José de Souza veio a falecer, de modo que o usufruto fora extinto. No entender de *Jorge Luiz Villas Boas*, ora recorrido, tendo adquirido 50% (cinquenta por cento) da Fazenda Prata em 1997, com o levantamento do usufruto em 2004, sucedera o usufrutuário falecido na posição de arrendante no contrato celebrado em 2003.

Assim, diante da alegada ausência de pagamento da parcela do arrendamento, vencida no início de 2004, por parte de *Carlos Roberto Ruvieri de Souza*, o ora recorrido procedeu ao ajuizamento da presente ação de resolução de contrato de arrendamento rural, cumulada com pedido de reintegração de posse e condenação à compensação dos danos morais e à indenização pelos prejuízos materiais.

Em contestação (fls. 72-88, e-STJ), *Carlos Roberto Ruvieri de Souza*, em suma, aduziu: ***i)*** a ilegitimidade ativa do proponente, porquanto esse não seria legítimo proprietário de 50% (cinquenta por cento) das terras, que nunca teriam deixado de ser de titularidade de sua irmã e ex-companheira do autor - Sandra Aparecida Ruvieri de Souza -, pois o compromisso de compra e venda para aquisição da gleba consistiu em mera simulação; ***ii)*** a inadequação da via eleita, uma vez que cabível apenas a ação de despejo, conforme previsto no Decreto 59.566/1966; ***iii)*** não haver descumprimento do contrato, porquanto as prestações estariam sendo pagas à legítima proprietária do bem (Sandra); ***iv)*** inexistência de esbulho possessório; e ***v)*** não ter havido comprovação da existência de danos materiais e morais.

Em 11 de maio de 2009, o magistrado singular da Vara Única da Comarca de Poconé/MT, em sede de julgamento antecipado, após afastar as questões preliminares, acolheu parte dos pedidos, para "*declarar rescindido o instrumento particular de arrendamento rural para exploração pecuária firmado entre Francisco José de Souza e Carlos Roberto Ruvieri de Souza, determinando a reintegração de posse do autor Jorge Villas Boas em 50% (cinquenta por cento) do imóvel, condenando, ainda, o requerido Carlos Roberto Ruvieri de Souza ao pagamento de danos materiais, consistente em 50% (cinquenta por cento) do prêmio anual do arrendamento, correspondente a R$ 10.000,00 (dez mil reais) anuais, a partir do período de 2004, pelo tempo em que o requerido permaneceu no imóvel, cujo valor apurado em liquidação de sentença, indeferindo, por outro lado, o pedido de condenação do réu em pagamento de danos morais, com fundamento no art. 269, I, do Código de Processo Civil*" (fl. 243, e-STJ).

Interposto recurso de apelação pelo réu, a Sexta Câmara Cível do TJMT, na assentada de 18 de agosto de 2010, negou provimento ao reclamo e manteve a sentença, conforme denota a ementa transcrita abaixo (fls. 389, e-STJ):

> Apelação. Rescisão de contrato de arrendamento rural c/c com reintegração de posse e indenização por perdas e danos materiais e morais e tutela antecipada. Preliminar de impropriedade da ação afastada. Cumulação do pedido de rescisão com o de reintegração. Possibilidade. Inadimplemento. Indenização devida. Precedentes do STJ. Inovação recursal. Impossibilidade de pronunciamento sob pena de ofensa ao duplo grau de jurisdição. Recurso desprovido.
>
> Admite-se a cumulação da ação de rescisão contratual com o pedido de reintegração de posse. A única exigência é que haja a prévia resolução do contrato.
>
> Se na ação de rescisão de contrato de arrendamento rural cumulada com reintegração de posse, restou demonstrado que o autor é o proprietário do imóvel objeto da lide, possível e legítima a sua pretensão de rescisão do pacto em razão da inadimplência do arrendatário.
>
> O inadimplemento gera a obrigação do arrendatário inadimplente de arcar com o pagamento das indenizações devidas em favor do arrendante. Precedentes do STJ (3ª Turma).
>
> Em atenção ao princípio do duplo grau de jurisdição o Tribunal deixa de se pronunciar sobre matéria arguida apenas na seara recursal.

Opostos embargos de declaração, esses foram rejeitados (fls. 420-428, e-STJ).

Irresignado, *Carlos Roberto Ruvieri de Souza* interpôs recurso especial (fls. 450-459, e-STJ), em que apontou a existência de violação ao artigo 108 do Código Civil e 32 do Decreto 59.566/1966, além de divergência jurisprudencial.

Sustentou, em síntese, a ilegitimidade do recorrido para figurar no pólo ativo da demanda. Defendeu, outrossim, a inadequação da via eleita, uma vez que cabível seria a ação de despejo e não a de reintegração de posse, conforme previsto no Decreto n. 59.566/1966. Aduziu, ainda, ser necessária escritura pública para a validade da transferência da propriedade de parte da Fazenda Prata, inexistente na hipótese. Ressalvou que, apesar da matéria ter sido articulada apenas nas razões da apelação - ofensa ao artigo 108 do Código Civil -, o colegiado estadual deveria ter apreciado o tema por se tratar de matéria de ordem pública, devendo ser conhecida até mesmo de ofício, em qualquer instância ou grau de jurisdição.

Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 477, e-STJ).

Em juízo provisório de admissibilidade, admitiu-se o processamento do recurso, ascendendo os autos a esta Corte Superior, em 24 de fevereiro de 2011.

Às fls. 495/516, e-STJ, *Carlos Roberto Ruvieri de Souza*, ora recorrente, informou a ocorrência de fato superveniente relevante, consubstanciado no trânsito em julgado, *em 18 de abril de 2011*, da sentença proferida em 9 de março de 2011, no bojo de *Ação de Rescisão Contratual n. 0054917-41.2010.8.26.0576*, que tramitou perante a 4ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto/SP, a qual resolvera o compromisso de compra e venda da Fazenda Prata, celebrado em 17 de dezembro de 1997 entre Sandra Aparecida Ruvieri de Souza e *Jorge Luiz Villas Boas*, diante do inadimplemento. Nesses termos, o ora recorrente concluiu pela perda de objeto, falta de interesse de agir e ilegitimidade ativa *ad causam* do ora recorrido, porquanto não mais subsiste o negócio jurídico que dava sustentação a sua posição de proprietário/arrendante.

A partir desse fato, as partes, sucessivamente, fizeram juntar aos autos inúmeras petições, em que veiculada a ocorrência de graves eventos, com acusações mútuas.

Jorge Luiz Villas Boas, ora recorrido, às fls. 520-547, 550-576, 639-646, 654-702, 846-847, 848-1.073, 1.091-1.134 e 1.192-1.204 defende que a sentença juntada pelo recorrente é inválida, não produzindo nenhum efeito, porquanto proferida: ***i)*** por juízo absolutamente incompetente para processar e julgar a causa, nos termos do art. 95 do CPC/73; ***ii)*** em afronta à coisa julgada decorrente da *Ação de Rescisão Contratual n. 0138411-65.2008.8.11.0000*, demanda que tramitara perante o Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso, discutindo a validade do compromisso de compra e venda da Fazenda Prata e que teria sido julgada improcedente; e ***iii)*** no bojo de uma fraude perpetrada por Sandra Aparecida Ruvieri de Souza, com a conivência do Juiz de Direito prolator da sentença, mediante pagamento de *Carlos Roberto Ruvieri de Souza*, ora recorrente.

Consoante relatado pelo autor, a alegada fraude processual foi realizada da seguinte forma: i) o ora recorrente ajuizara a *Ação de Consignação de Pagamento 0033370-42.2010.8.26.0576* perante a Comarca de São José do Rio Preto/SP, distribuída à 4ª Vara Cível, onde sua irmã Sandra A. R. de Souza era assessora do Juiz de Direito titular da unidade, a fim de afastar a mora quanto ao contrato de arrendamento rural da Fazenda Prata, objeto de discussão nestes autos; ii) por sua vez, Sandra A. R. de Souza propusera a *Ação de Rescisão Contratual*

0054917-41.2010.8.26.0576, distribuída ao mesmo juízo por dependência à ação consignatória, pleiteando a resolução do compromisso de compra e venda do imóvel rural, celebrado em 1997, com *Jorge Luiz Villas Boas*, ora recorrido; iii) ato contínuo, a própria Sandra A. R. de Souza teria elaborado as decisões das respectivas ações, com conivência do Juiz de Direito, para determinar a rescisão do compromisso de compra e venda por falta de pagamento, de modo que ela, Sandra, voltasse a ser proprietária do imóvel; iv) finalmente, após o trânsito em julgado da sentença de rescisão do compromisso de compra e venda, o ora recorrente fez juntar nestes autos a cópia da decisão judicial, postulando a decretação de extinção do feito, diante da ilegitimidade ativa.

Com vistas a corroborar suas alegações, o ora recorrido juntou reportagens noticiando que Sandra A. R. de Souza teria participado de outros esquemas fraudulentos em outras demandas, nas quais eram falsificadas assinaturas de servidores e juízes, razão pela qual foi demitida a bem do serviço público e condenada a quase 10 (dez) anos de reclusão.

Informou, ademais, que, diante desses fatos, propôs *a Ação Declaratória de Inexistência de Sentença n. 0000535-51.2013.8.11.0046 - querela nullitatis insanabilis* - perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Comodoro/MT, para ter por reconhecida a inexistência da sentença, obtendo a antecipação de tutela para suspensão de seus efeitos.

Nesses termos, *Jorge Luiz Villas Boas* requereu: i) a instauração de incidente de falsidade, nos termos do art. 390 do CPC/73, para apurar se a sentença transitada em julgado juntada aos autos foi realmente proferida pelo Juiz de Direito Paulo Sérgio Romero Vicente Rodrigues, à época titular da 4ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto/SP; ii) o reconhecimento da inexistência jurídica de referida sentença, de modo que não interfira no julgamento deste recurso especial; e iii) o desprovimento do recurso especial e consequente manutenção da procedência do pedido veiculado na demanda subjacente ao recurso especial.

Pugnou, ainda, para que fosse enviado ofício ao Ministério Público competente para adoção de providências cabíveis à apuração e responsabilização criminal de Sandra A. R. de Souza e *Carlos R. R. de Souza* pela fraude processual praticada nestes autos, bem assim à Ordem dos Advogados do Brasil para apuração de infração disciplinar por parte de Charles Baccan Júnior, inscrito no Conselho Seccional de Rondônia sob o n. 2.823-A, em face da juntada autos de documento sabidamente falso.

Por sua vez, *Carlos R. R. de Souza* às fls. 582-624, 627-636, 651, 710-843, 1.080-1.088 e 1.139-1.188 informou que: i) a decisão de tutela provisória proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Comodoro/MT, nos autos da *Ação Declaratória de Inexistência de Sentença 0000535-51.2013.8.11.0046 - querela nullitatis insanabilis* - foi reformada pela Sexta Câmara Cível do TJMT ao julgar o *Agravo de Instrumento 0088990-33.2013.8.11.0000*, de modo que a sentença que acolhera o pedido de resolução de contrato permanece válida para todos os fins de direito; ii) o inquérito policial instaurado em face das representações movidas pelo ora recorrido em detrimento de Juiz de Direito Paulo Sérgio Romero Vicente Rodrigues foi arquivado, diante da inexistência de indícios de sua participação no esquema de fraudes descoberto na Comarca de São José do Rio Preto; iii) o próprio Juiz de Direito Paulo Sérgio R. V. Rodrigues reconhece a sentença proferida nos autos da *Ação de Rescisão Contratual 0054917-41.2010.8.26.0576* como sendo de sua autoria (fls. 1.146/1.188), inexistindo qualquer mácula ou ilegalidade; e iv) o juiz Paulo Sérgio R. V. Rodrigues representou criminalmente *Jorge Luiz Villas Boas*, em razão das alegações de que o julgamento da *Ação de Rescisão Contratual 0054917-41.2010.8.26.0576* teria sido feito mediante fraude.

Reiterou, assim, seu interesse no prosseguimento do feito, defendendo a total higidez da sentença juntada aos autos, de maneira que deverá ser dado provimento ao seu recurso especial diante da perda de objeto da demanda, falta de interesse de agir e ilegitimidade ativa *ad causam* do ora recorrido, porquanto não mais subsiste o título que dava sustentação a sua posição de proprietário.

O recurso especial foi incluído, pela primeira vez, na pauta de julgamentos desta Quarta Turma de 8 de março de 2016; contudo, minutos antes do início da sessão, foi protocolada petição eletrônica (fls. 1.207-1.208, e-STJ) de desistência do reclamo, em nome de *Carlos R. R. de Souza*, assinada eletronicamente por seu advogado *Charles Baccan Júnior (com número de certificado 11962918114158761 03)*.

Diante desse pedido, o feito foi retirado de pauta.

Às fls. 1.267-1.313, e-STJ, o advogado *Charles Baccan Júnior* aduziu não ter formulado qualquer pedido de desistência do recurso, asseverando a falsidade da petição de fls. 1.207/1.208, e-STJ, porquanto o certificado eletrônico com número de série 1196291814151876103 não seria de sua titularidade. Postulou, ainda, pela desconsideração do aludido petitório, bem assim pelo regular julgamento do feito.

Em face da alegação do causídico, determinou-se que os autos fossem encaminhados à Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação (STI)

desta Corte Superior, órgão responsável pela gestão do processo eletrônico no âmbito do Tribunal, para que esclarecesse o ocorrido (fl. 1.315, e-STJ).

Após instrução sumária do incidente, determinou-se a nova inclusão do feito em pauta para julgamento perante o órgão fracionário - Quarta Turma; contudo, foi apresentada nos autos exceção de suspeição (fls. 1.437-1.487, e-STJ), em razão do que se proferiu a decisão de fls. 1.502-1.510, e-STJ, na qual: ***i)*** não se acolheu a exceção de suspeição; ***ii)*** determinou-se a imediata suspensão do recurso especial (REsp n. 1.237.567/MT), inclusive com a retirada do feito da pauta da sessão do dia 14/06/2016; ***iii)*** ordenou-se a autuação em apartado do incidente, com a livre e imediata distribuição.

À fl. 1.518, e-STJ, a Coordenadoria da Segunda Seção deste Superior Tribunal de Justiça certificou que a Exceção de Suspeição n. 167/DF, distribuída no âmbito da Segunda Seção ao Exmo. Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, fora rejeitada liminarmente por decisão publicada em 25 de agosto de 2016, tendo transitado em julgado em 16 de setembro de 2016.

O recorrido *Jorge Luiz Villas Boas* apresentou novas manifestações às fls. 1.521-1.544, e-STJ, em que reiterou a necessidade de ser desconsiderada a sentença proferida pelo juízo de São José do Rio Preto/SP.

Dando-se prosseguimento ao feito, foi submetida ao Colegiado da Quarta Turma, na sessão do dia 08/11/2016, questão de ordem - a fim de deliberar acerca do pedido de desistência indigitado falso -, bem assim acerca do requerimento de concessão de tutela provisória.

Na oportunidade, acolheu-se a questão de ordem, para desconsiderar a desistência, tendo em vista a existência de fortes elementos a denotar que o referido petitório decorrera de fraude grosseira, bem assim se deferiu o almejado efeito suspensivo ao apelo extremo, de modo a obstar a reintegração de posse.

O acórdão em comento está assim ementado:

> Tutela provisória incidental. Pedido de atribuição de efeito suspensivo a recurso especial já admitido. Ação de resolução de contrato c/c pedido de reintegração de posse e condenação em perdas e danos. Instâncias ordinárias que julgaram parcialmente procedentes os pedidos. Instauração do cumprimento provisório. *Fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Concessão do efeito almejado.
>
> Hipótese: após acolhida a questão de ordem e desconsiderado o pedido de desistência, analisa-se a pretensão de atribuição de efeito suspensivo a recurso especial já admitido, a fim de suspender os efeitos do acórdão que mantivera a parcial procedência do pedido de resolução de contrato de arrendamento rural, com a determinação da reintegração do autor na posse de 50% (cinquenta por cento) do imóvel.

> 1. À concessão do efeito suspensivo aos recursos extraordinários, faz-se necessária a presença concomitante dos requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*: o primeiro relativo à plausibilidade, aferida em juízo sumário, da pretensão recursal veiculada no apelo extremo (sua probabilidade de êxito) e o segundo consubstanciado no risco de dano irreparável que, em uma análise objetiva, revele-se concreto e real.
>
> 2. *In casu*, estão satisfeitos os aludidos pressupostos. 2.1 No que concerne ao fumus boni iuris, depreende-se a relevância do fato novo trazido pelo recorrente, consistente na existência de posterior decisão judicial, com trânsito em julgado, reconhecendo a rescisão do compromisso de compra e venda de imóvel rural, título no qual se embasa/funda a presente demanda. 2.2 Quanto ao periculum in mora, infere-se presente diante da existência de cumprimento provisório de sentença, com a determinação de expedição de mandado de reintegração de posse.
>
> 3. Tutela cautelar deferida. (fls. 1.692-1.693, e-STJ)

Opostos embargos de declaração por *Jorge Luiz Villas Boas* (fls. 1.700-1.725, e-STJ), esses foram rejeitados (fls. 1.831-1.843, e-STJ).

À fl. 1.847, e-STJ, em despacho, determinou-se a expedição de ofício ao juízo da 1ª Vara Cível e Criminal da Comarca de Comodoro/MT, a fim de obter dados acerca do andamento processual da *querela nullitatis*, ajuizada para declarar a inexistência da sentença proferida pelo juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto/SP - juntada por Carlos Roberto Ruvieri de Souza, às fls. 495-516, e-STJ (alegado fato novo).

Em resposta (fls. 1.853-1.856, e-STJ; 27.06.2017), informou-se que, no bojo da aludida demanda, fora apresentada exceção de incompetência, a qual foi acolhida, determinando-se a remessa dos autos para a Comarca de São José do Rio Preto/SP, ao juízo em que prolatada a sentença cuja nulidade se pretende declarar.

Em seguida, considerando o teor da citada resposta, determinou-se (fl. 1.858, e-STJ) à Coordenadoria da Quarta Turma que expedisse ofício ao juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto/SP, de modo a ter notícias sobre o andamento processual da *querela nullitatis* em comento.

Em resposta (fl. 1.865, e-STJ), destacou-se que o processo n. 535-51.2013.811.0046, oriundo da 1ª Vara da comarca de Comodoro/MT, foi recebido naquele juízo em 06 de novembro de 2017, sendo determinada sua distribuição em 07 de novembro de 2017, encontrando-se em fase de autuação e conclusão.

Em despacho (fl. 1.869, e-STJ), ordenou-se a intimação das partes para manifestação acerca da aludida resposta, no prazo de 10 (dez) dias.

Às fl. 1.872-1.877, e-STJ, sobreveio novo ofício, em que o magistrado titular da 4ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto informou, "*em complemento ao ofício anterior de 10/11/2017, [...], que foi proferida a decisão cuja cópia segue em frente*" (com o histórico da demanda), em que se declarou suspeito por questão de foro íntimo.

Às fls. 1.880-1.893, e-STJ, o recorrente *Carlos R. R. de Souza* manifestou-se quanto aos dois ofícios, requerendo o julgamento do recurso especial.

Em despacho (fl. 1.895, e-STJ), afirmou-se que, após a publicação do expediente de fl. 1.869, e-STJ, sobreveio novo ofício da 4ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto/SP, com informações adicionais acerca do andamento da *querela nullitatis*, tendo havido manifestação espontânea apenas da parte recorrente (fls. 1.880-1.893, e-STJ); assim, ante o fato de a intimação de fl. 1.870, e-STJ, ter se referido apenas ao primeiro ofício (fls. 1.865-1.867, e-STJ), determinou-se a intimação da parte recorrida a fim de, no prazo de 10 (dez dias), querendo, manifestar-se acerca do novo ofício, juntado às fls. 1.872-1.877, e-STJ.

Às fls. 1.901-1.937, e-STJ, o recorrido *Jorge Luiz Villas Boas* interpôs agravo interno em face do despacho de fl. 1.895, e-STJ, em cujas razões asseverou que, em havendo duas coisas julgadas sobre o mesmo objeto, deve prevalecer a primeira. Pugnou, ao final, pelo não conhecimento do recurso especial, determinando-se "*a extração e remoção das informações prestadas, pois advieram de um processo (um segundo) tentando sobrepor o primeiro, contrariando a jurisprudência desta Corte*"

Impugnação às fls. 1.940-1.942, e-STJ.

Em novo despacho (fls. 1.945, e-STJ), determinou-se a expedição de mais um ofício ao juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto/SP, a fim de obter informações sobre o andamento processual da *querela nullitatis*.

Resposta à missiva às fls. 1.948-1.956, e-STJ, em que informada a prolação de sentença nos autos de n. "*0030756-20.2017.8.26.0576, julgando extinta a ação proposta por Jorge Luiz Villas Boas contra Sandra Aparecida Ruvieri de Souza, sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 485, inciso VI (interesse processual), do Código de Processo Civil*".

Determinada a intimação das partes para manifestação (fl. 1.958, e-STJ), a qual foi cumprida, conforme certificado à fl. 1.971, e-STJ, apenas o recorrente se

manifestou, às fls. 1.964-1.967, e-STJ, em que reiterou o pedido de provimento do recurso especial, a fim de julgar improcedente o pedido veiculado na demanda ou, subsidiariamente, a declaração da perda superveniente de objeto da ação.

À fl. 1.975, deliberou-se por oficiar à Corte de origem para obter dados quanto ao andamento atualizado da ação rescisória mencionada pela parte recorrente, o que foi reiterado à fl. 1.989, e-STJ.

Informações prestadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo às fls. 1.994-2.028, e-STJ.

Manifestação da parte recorrente às fls. 2.029-2.038, e-STJ, em que pugna "*sejam interpretadas as informações prestadas como que transitado em julgado o indeferimento da justiça gratuita da Ação Rescisória 0242473-03.2012.8.26.0000 e indeferida a petição inicial, com o trânsito em julgado em 17/08/2016, para fim de dar o regular seguimento ao presente feito*".

Após ser instada (fl. 2.040, e-STJ), a parte recorrida discorreu sobre o fato não ter sido apreciado o mérito da ação rescisória, reiterando o pleito de que seja negado provimento ao recurso especial (fs. 2.046-2.049, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): O recurso especial merece conhecimento e, em aplicação do direito à espécie, declara-se a ilegitimidade ativa superveniente de *Jorge Luiz Villas Boas* para o ajuizamento/prosseguimento da demanda subjacente ao presente recurso especial, a obstar a análise de mérito.

1. ***Agravo interno interposto às fls. 1901-1937, e-STJ, por Jorge Luiz Villas Boas***

Preliminarmente, não se conhece do agravo interno interposto às fls. 1.901-1.937, e-STJ, por Jorge Luiz Villas Boas, porquanto manejado contra despacho de mero expediente, no qual se determinou sua a intimação para manifestação em relação ao ofício acostado aos autos às fls. 1.872-1.877, e-STJ, o qual dá ciência da decisão dada na *querela nullitatis*, na qual o Juiz declarou-se suspeito.

Ausente qualquer conteúdo decisório no ato impugnado, revela-se manifestamente inadmissível o aludido recurso.

2. ***Recurso especial interposto por Carlos Roberto Ruvieri de Souza (fls. 450-459, e-STJ)***

No que se refere à controvérsia versada no apelo extremo, necessário repisar que a ação subjacente ao presente recurso especial está fundamentada em compromisso de compra e venda firmado entre o autor e sua companheira na época, Sandra Aparecida Ruvieri de Souza, em 17 de dezembro de 1997, relativamente a 50% (cinquenta por cento) de um imóvel rural com área total de 978,4 hectares, denominado de Fazenda Prata, localizado às margens da Rodovia BR-070, no Município de Poconé, no Estado do Mato Grosso.

No entender do autor, quando do falecimento do arrendante/usufrutuário - Francisco José de Souza -, houve sua sucessão na posição de arrendante, porquanto detentor da fração ideal de 50% (cinquenta por cento) da Fazenda Prata, em razão do compromisso de compra e venda celebrado em 1997 com a sua ex-companheira, também filha e sucessora de Francisco José.

Em virtude de alegado inadimplemento de parcela do arrendamento, vencida no início de 2004, que seria devida pelo ora recorrente (Carlos), argumentou o demandante não ter alternativa senão o ajuizamento da presente ação de resolução de contrato de arrendamento rural, cumulada com reintegração de posse e indenização por danos materiais e morais, a fim de receber a parcela em atraso, bem assim resolver o contrato e ser reintegrado na posse da fazenda.

Carlos Roberto Ruvieri de Souza, ora recorrente, aduziu no recurso especial, entre outras questões, a ilegitimidade de *Jorge Luiz Villas Boas* para ajuizar esta demanda, porquanto esse não seria proprietário de 50% da Fazenda Prata, fração do imóvel que, a rigor, pertence a sua irmã e ex-companheira do autor - Sandra Aparecida Ruvieri de Souza - vez que o compromisso de compra e venda para aquisição da *fazenda não teria validade, pois se trataria de negócio simulado*.

A preliminar em questão foi afastada pelas instâncias ordinárias, tendo a Corte de origem adotado os seguintes fundamentos:

> [...] não há dúvidas de que a Sra. Sandra Aparecida Ruvieri de Souza celebrou contrato particular de compra e venda da parte que lhe cabia no imóvel objeto desta lide, com o Sr. Jorge Luiz Villas Boas, autor e ora apelado, como se pode ver do item número 2 do resumo supra.
>
> Registra-se que Sandra Aparecida discutiu, mediante propositura de ação declaratória de nulidade de negócio jurídico, o contrato que celebrou com o autor/apelado, Jorge Luiz, todavia, não obteve sucesso, porquanto referida ação foi julgada extinta, sem apreciação do mérito.

> A autora da ação declaratória, Sra. Sandra Aparecida, ainda não obteve sucesso na apelação, recurso especial e nem no agravo de instrumento que interpôs.
>
> A apelação (n. 63.194/07) foi desprovida por este Tribunal.
>
> O Recurso Especial (57.654/2009) teve negada a subida para o STJ e, o agravo de instrumento (87.518/2009), cujo objetivo era fazer subir o Recurso Especial, teve negado o seguimento pelo Superior Tribunal de Justiça.
>
> Dessa forma, o contrato celebrado entre Sandra Aparecida e o autor/apelado, Jorge Luiz Villas Boas, está em plena validade, fato que afasta inclusive a alegação do recorrente, de ilegitimidade ativa de Jorge Luiz para propor a ação de rescisão de contrato de arrendamento rural c/c reintegração de posse. (fl. 396, e-STJ).

Contudo, às fls. 495-516, e-STJ, ocasião em que o recurso especial já havia sido distribuído a esta Corte Superior, o recorrente informou a ocorrência de fato superveniente relevante, consubstanciado no trânsito em julgado, *em 18 de abril de 2011*, da sentença proferida em 9 de março de 2011, na *Ação de Rescisão Contratual 0054917-41.2010.8.26.0576*, que tramitara perante a 4ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto/SP, em que se declarou a resolução do compromisso de compra e venda da Fazenda Prata, celebrado em 17 de dezembro de 1997 entre Sandra Aparecida Ruvieri de Souza e *Jorge Luiz Villas Boas*, por falta de pagamento (inadimplemento contratual).

Instado a se manifestar, o autor/recorrido defende que a sentença juntada pelo recorrente é inválida, não produzindo nenhum efeito, porquanto fora proferida: ***i)*** por juízo absolutamente incompetente para processar e julgar a causa, nos termos do art. 95 do CPC/73; ***ii)*** em afronta à coisa julgada decorrente da *Ação de Rescisão Contratual 0138411-65.2008.8.11.0000*, demanda que tramitou perante o Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso, discutindo a validade do compromisso de compra e venda da Fazenda Prata e que teria sido julgada improcedente; e ***iii)*** no bojo de uma fraude perpetrada por Sandra Aparecida Ruvieri de Souza, com a conivência do Juiz de Direito titular da unidade à época, mediante pagamento de *Carlos Roberto Ruvieri de Souza*, ora recorrente.

Não se olvida o teor das *gravíssimas alegações* articuladas por *Jorge Luiz Villas Boas* com o intuito de desconstituir a sentença, contudo, ***afigura-se inadequada a sua discussão nestes autos, sobretudo em sede de recurso especial. Efetivamente, referidas matérias devem ser aduzidas e analisadas na via própria para desconstituição de decisão judicial transitada em julgado***.

A propósito, menciona-se que o autor/recorrido, em 5 de novembro de 2012, ajuizou a *Ação Rescisória 0242473.03.2012.8.26.0000* em face de Sandra

A. R. de Souza, perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com o intuito de desconstituir a sentença citada. Verifica-se que o pedido de concessão de gratuidade de justiça formulado na petição inicial dessa ação fora indeferido pela Terceira Câmara de Direito Privado da Corte paulista, que determinou o recolhimento do décuplo das custas processuais inicialmente devidas, bem assim o depósito de 5% do valor da causa, nos moldes do artigo 488, II, do CPC/73, sob pena de indeferimento da inicial.

Irresignado, o recorrido interpôs recurso especial, inadmitido na origem. Apresentado agravo, foi autuado neste Tribunal Superior como *AREsp 652.135/SP* e distribuído ao Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, que não conheceu do reclamo com base no art. 544, § 4º, I, do CPC/73. Opostos embargos de declaração, não foram conhecidos por falta de procuração ao advogado subscritor da petição, de maneira que interposto agravo regimental, o qual foi desprovido, tendo o respectivo acórdão transitado em julgado, com a baixa dos autos.

Consoante informado pelo Tribunal Paulista às fls. 1.994-2.028, e-STJ, em dezembro de 2021, "*o mérito da Ação Rescisória ainda não foi julgado, tendo transitado em julgado apenas a questão incidental referente ao pedido de justiça gratuita*".

Em consulta ao andamento processual do referido feito, no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujo acesso (e ciência) é assegurado às partes, depreende-se que, em 10.02.2022, em julgamento virtual, o órgão fracionário indeferiu a petição inicial da ação recisória e, assim, deixou de apreciar o seu mérito.

Ou seja, embora não operada a preclusão máxima em relação ao *decisum* (indeferimento da inicial), observa-se a existência de decisão desfavorável (de cunho terminativo) ao ora recorrido, no âmbito da referida ação rescisória.

Outrossim, depreende-se do feito que o autor/recorrido ajuizara ***também*** a *Ação Declaratória de Inexistência de Sentença 0000535-51.2013.8.11.0046 - querela nullitatis insanabilis* - em face de Sandra Aparecida Ruvieri de Souza perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Comodoro/MT. No âmbito do referido processo, houve o acolhimento de exceção de incompetência, tendo sido ***redistribuído ao juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto/SP, cujo magistrado titular, de sua vez, deu-se por suspeito, com a remessa dos autos à 3ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto/SP***.

Após o requerimento de informações ao referido juízo, sobreveio ofício, às fls. 1.948-1.956, e-STJ, em que o magistrado singular aduziu: "*Na data de ontem*

prolatei sentença nos autos n. 0030756-20.2017.8.26.0576, julgando extinta a ação proposta por Jorge Luiz Villas Boas contra Sandra Aparecida Ruvieri de Souza, sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 485, inciso VI (interesse processual), do Código de Processo Civil, cuja cópia segue em anexo".

Da referida sentença, cujo conteúdo foi disponibilizado às partes, destacam-se os seguintes trechos:

> A hipótese comporta julgamento no estado em que se encontra, porquanto as provas constantes dos autos são suficientes ao deslinde da questão, sendo desnecessária a produção de perícia grafotécnica, como pretende o autor, pois não há dúvida acerca da autenticidade da sentença objurgada.
>
> *Com efeito, o próprio Magistrado prolator da decisão admitiu ter julgado referida ação em informação dirigida ao Corregedor Geral de Justiça à época: "A escrevente Sandra Aparecida Ruviéri de Souza litigou com o ex-marido, o representante Jorge Luiz Villas Boas. Não me senti constrangido em julgar porque não tinha amizade nem vislumbrei nenhum dos casos legais de suspeição." (sic fls. 519/520), segue em aludido expediente, justificando os motivos da resolução da lide parcialmente favorável à ora requerida (fls. 512/532).*
>
> Pretende o autor a declaração de nulidade ou inexistência da sentença proferida os autos n. 354/2013 desta Vara (antigo n. 2.119/2010 da 4ª Vara Cível) em virtude da suspeição do magistrado prolator, incompetência absoluta do juízo e ofensa a coisa julgada.
>
> Não obstante a motivação da decisão que recebeu a inicial e concedeu parcialmente a tutela antecipada, no recurso de Agravo de Instrumento n. 88990/2013 o relator Des. Juracy Persiani da Sexta Câmara Cível do e. Tribunal de Justiça de Mato Grosso, além de revogar a decisão singular, pontuou que "a ação declaratória de nulidade de relação jurídica ou de inexistência jurídica da sentença, proposta pelo ora agravado, foi ajuizada no Juízo da Comarca de Comodoro-MT, todavia, para desconstituir sentença prolatada na jurisdição da Comarca de São José do Rio Preto-SP, o que, a princípio, é inapropriado." (sic fls. 437 verso), colaciou, ainda, vários arestos indicando que a competência para processar e julgar a ação anulatória ou *querela nullitatis* é do Juízo prolator da sentença invectivada (fls. 435/439).
>
> *Nesta senda, apesar da denominação dada a esta ação pelo autor Ação Declaratória de Nulidade de Relação Jurídica ou Inexistência Jurídica tem-se que, em verdade, trata-se de ação anulatória na qual se busca anular sentença judicial.*
>
> *Pois bem. No caso, os motivos que levaram o autor a promover a presente ação não foram apenas a suspeição do magistrado da 4ª Vara Cível local, mas, como dito alhures, a incompetência absoluta do juízo e a ofensa a coisa julgada, as quais configuram hipóteses para o ajuizamento de ação rescisória (art. 966, incisos II e III, CPC).*

> *Destarte, equivocou-se a parte autora ao ajuizar a presente ação anulatória, ao invés da ação rescisória, vale frisar, ação de competência originária do Tribunal de Justiça de São Paulo, o que caracteriza falta de interesse processual na vertente adequação.*
>
> Em verdade, ao que parece, o autor utilizou-se da presente via processual, pois, ao tempo do ajuizamento desta ação (09/11/2017), já havia escoado o prazo para propositura da rescisória (02 anos artigo 495/CPC/73 correspondente ao artigo 975, NCPC), eis que o trânsito em julgado da sentença que ora se pretende anular ocorreu em 06/04/2011 (fls. 432 autos n. 354/2013 desta Vara antigo feito n. 2119/2010 da 4ª Vara Cível).
>
> [...]
>
> Assim, injustificável o equívoco perpetrado pelo autor ao optar pelo ajuizamento da presente ação nominada declaratória, mas de cunho anulatório, eis que, mesmo havendo dissídio doutrinário a respeito do tema, o cabimento da ação rescisória no caso versado era inconteste.
>
> Portanto, diante da inadequação da via eleita, a extinção do feito sem resolução de mérito é medida que se impõe. (fls. 1.953-1.956, e-STJ; grifou-se).

Em análise ao andamento processual da referida demanda, verifica-se ter sido interposto recurso de apelação contra a sentença em questão, ainda pendente de julgamento.

De todo modo, ***no atual contexto processual***, o que se observa é que o autor, ora recorrido, procedeu ao ajuizamento de ação rescisória e de *querela nullitatis insanabilis*, sem ter obtido, até o presente momento, decisão a si favorável.

2.1 Também é necessário afastar o requerimento deduzido pelo recorrido às fls. 848-1.043, e-STJ, relativo à instauração de incidente de falsidade no âmbito desta Corte Superior, pois, além de intempestivo (art. 390 do CPC/73), o ordenamento jurídico pátrio preceitua vias próprias e adequadas para desconstituição ou declaração de nulidade de decisão judicial com trânsito em julgado, quais sejam a ação rescisória e a *querela nullitatis*, não se prestando o incidente de falsidade a tanto.

2.2 De igual modo, não há falar em suspensão deste feito por eventual prejudicialidade externa, na medida em que superado em muito o prazo de um ano previsto no § 4º do artigo 313 do NCPC (correspondente ao § 5º do art. 265 do CPC/73), pois a ação rescisória foi ajuizada em 2012 e a *querela* em 2013. Por outro vértice, este recurso especial foi distribuído a esta Corte Superior em 24 de fevereiro de 2011 -, ***não podendo aguardar indefinidamente o desfecho de feitos diversos***.

Sobre a possibilidade de suspensão e o período de duração, convém destacar que, segundo orientação de Corte Especial desta Corte,

> quanto à suspensão do processo nas hipóteses em que a sentença de mérito dependesse do julgamento de outra causa, o art. 265 do CPC/1973 preceituava, em seu § 5º, que, "nos casos enumerados nas letras a, b e c do n. IV, o período de suspensão nunca poderá exceder 1 (um) ano" e que, "findo este prazo, o juiz mandará prosseguir no processo".
>
> 5. Sendo assim, é inviável qualquer interpretação do art. 265, § 5º, que desconsidere a incidência do prazo legal ânuo, notadamente pela inexistência, na redação do dispositivo, de qualquer exceção à regra de que o sobrestamento nunca excederá 1 (um) ano, em evidente prestígio à razoável duração do processo anunciada pela Constituição Federal. [...] (cf. EDcl no MS 22.157/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 14/03/2019, DJe 11/06/2019)

O Código de Processo Civil de 2015, a seu turno, dispôs expressamente a impossibilidade de o prazo de suspensão, nessas hipóteses, superar um ano, *in verbis*: *Art. 313 [...] § 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*.

Ademais, conforme acima indicado, o autor, ora recorrido, não obteve decisão a si favorável, seja na ação rescisória, seja no âmbito da *querela nullitatis*, de modo a afastar os efeitos da coisa julgada trazida aos presentes autos como fato novo.

Consoante cediço, há presunção de legitimidade da coisa julgada - cujo respeito é garantia de *status* constitucional (art. 5º, inc. XXXVI, da CRFB/88) -, de modo que o simples ajuizamento de ação rescisória ou querela não obsta a produção de seus efeitos [coisa julgada].

Na hipótese, como mencionado acima, nas referidas demandas, não há concessão de tutela provisória vigente ou determinação equivalente, a fim de sustar a produção de efeitos da preclusão máxima operada no âmbito do feito em que formado o "fato novo" - *Ação de Rescisão Contratual 0054917-41.2010.8.26.0576*.

A considerar, portanto: ***i)*** *a data de distribuição do presente recurso especial (ano de 2011)*; ***ii)*** *o indeferimento da inicial da ação recisória (ainda embora não transitado em julgado)*; ***iii)*** *o fato de a ação de* querela nullitatis, *ajuizada no ano de 2013, ter sido extinta, sem apreciação de mérito, ainda que pendente o julgamento de recurso de apelação*; *iv) a presunção de legitimidade inerente às coisas julgadas*; *v)*

a impossibilidade de suspensão indefinida do presente reclamo, impõe-se a apreciação do inconformismo, nos moldes em que atualmente se encontra o feito, em atenção à situação jurídica vigente/estabelecida.

Portanto, apesar dos fatos articulados pelo autor/recorrido com o fito de questionar o comando, não se pode desconsiderar a existência de sentença judicial transitada em julgado, que resolveu contrato implicado nestes autos, o que interfere de algum modo no resultado da presente demanda.

2.3 Passa-se, pois, uma vez aferida a admissibilidade do recurso especial (pressupostos intrínsecos e extrínsecos), ao julgamento do reclamo, considerando-se o alegado fato novo, consistente na coisa julgada formada no bojo da *Ação de Rescisão Contratual 0054917-41.2010.8.26.0576*, que declarou a resolução do compromisso de compra e venda da Fazenda Prata firmado entre o autor e sua ex-companheira.

Referida decisão se baseou em perícia contábil, que demonstrou não ter havido nenhum tipo de pagamento ou transferência de numerário de *Jorge Luiz Villas Boas* em favor de Sandra A. R. de Souza, razão pela qual o magistrado singular entendeu que o contrato de venda da Fazenda Prata não passou da fase de tratativas. Esse *decisum* transitou em julgado em 18 de abril de 2011, após, portanto, o julgamento deste feito realizado pelas instâncias ordinárias.

Por oportuno, transcreve-se a parte dispositiva do aludido *decisum*:

> Posto isto, julga-se parcialmente procedente esta ação judicial, para confirmar a liminar, bem como rescindir o compromisso de compra e venda lavrado entre as partes em 17/12/97, tendo como objeto a Fazenda da Prata em Poconé/MT, de 978,4 hectares, objeto das matrículas n. 3.030, 5.587, 6.853 e 8.275, todos do 1º Cartório de Registro de Imóveis de Poconé/MT (fl. 502, e-STJ).

Ato contínuo, o juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto/SP, na consignação de pagamento conexa - *Ação de Consignação de Pagamento 0033370-42.2010.8.26.0576* - declarou ser Sandra A. R. de Souza a credora do contrato de arrendamento rural discutido nestes autos, porquanto proprietária da Fazenda Prata.

Frise-se, apenas para esclarecimento do colegiado, que, a despeito das alegações do autor/recorrido de que haveria decisão anterior, transitada em julgado, nos autos da *Ação de Rescisão Contratual 0138411-65.2008.8.11.0000*, reconhecendo a validade do compromisso de compra e venda da Fazenda Prata, ***em verdade, referida demanda foi extinta, sem julgamento de mérito***, de modo

que ao tempo da prolação da sentença na *Ação de Rescisão Contratual 0054917-41.2010.8.26.0576*, acima indicada, inexistia coisa julgada material sobre o tema, não havendo falar em duplicidade de coisas julgadas.

Cabe ressaltar que o Código de Processo Civil de 1973 preceituava em seu artigo 462 que: *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*.

A referida regra foi mantida no Novo Código de Processo Civil, cujo artigo 493 assim dispõe: "*Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidi*r."

Isso porque "*a tutela jurisdicional deve retratar o contexto litigioso que existe entre as partes da maneira como esse se afigura no momento de sua concessão. Daí a razão pela qual nosso Código de Processo Civil empresta relevo ao direito objetivo e ao direito subjetivo supervenientes à postulação em juízo* [...]" (cf. ARENHART; Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 582).

O julgamento deve refletir o estado de fato da lide no momento da entrega da prestação jurisdicional, de modo que a ocorrência de fato/circunstância jurídica superveniente deve ser considerada quando da apreciação da controvérsia, inclusive no âmbito dos recursos extraordinários, a fim de evitar decisões contraditórias ou violação à coisa julgada posteriormente formada.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

> Agravo interno nos embargos de declaração no recurso especial. Direito Comercial. Propriedade industrial. Marcas. Ação anulatória de registro. Anulação de alguns dos registros da marca "Trussardi" realizados pelas agravantes. Possibilidade de consideração desse fato no julgamento do recurso especial interposto no curso da ação cominatória cumulada com indenizatória por uso indevido de marca. Aplicabilidade do art. 462 do CPC/73 (art. 493 do CPC/15). Aplicação do direito à espécie.
>
> *1. Conhecido o recurso especial, esta Corte detém cognição ampla para o julgamento da lide, podendo, ao aplicar o direito à espécie, levar em consideração fatos novos, extintivos do direito de uma das partes, ocorridos posteriormente ao ajuizamento da ação, nos termos do art. 462 do CPC/73 (art. 493 do CPC/15).*

3. Caso concreto em que a ação anulatória de registro de marca, julgada parcialmente procedente, teve efeito direto sobre o resultado da presente ação cominatória pelo uso indevido de marca, cuja relação de prejudicialidade foi considerada no momento do julgamento do presente recurso.

4. Anulados alguns dos registros da marca "Trussardi" realizados pelas agravantes, deve-se reconhecer o direito das agravadas, como titulares de marca notoriamente conhecida em território brasileiro, à sua utilização exclusiva, julgando-se parcialmente procedentes os pedidos formulados na reconvenção.

5. *Agravo interno desprovido*.

(AgInt nos EDcl no REsp 1.327.956/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 03/08/2017)

Processual Civil. Execução. Embargos declaratórios. Omissão e contradição inexistentes. Posterior decretação de nulidade dos títulos executivos em ação revisional. Trânsito em julgado. Fato superveniente. CPC, art. 462. Aplicação à espécie.

I. Nulidade não detectada no julgado recorrido, que apreciou as questões levantadas pela parte, porém em sentido desfavorável.

II. O trânsito em julgado de sentença que em ação revisional, posteriormente, anulou os títulos que embasam a execução, prejudicam a pretensão executória, que deve ser extinta pelo reconhecimento do fato superveniente, ainda que na instância especial.

III. Recurso conhecido em parte e provido.

(REsp 604.377/MA, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 19/05/2005, DJ 27/06/2005, p. 405)

Especificamente acerca da possibilidade de uma decisão proferida em outro processo poder ser considerada como fato superveniente, destaca-se o seguinte julgado deste órgão fracionário, em cuja ementa assim se consignou:

Processo Civil. Direito Civil. Recurso especial. Art. 462 do CPC. Direito superveniente. *Error in procedendo*. Execução de título executivo judicial civil decorrente da prática de ato ilícito. Penhora de bem de família. Lei 8.009/1990. Interpretação estrita. Violação do art. 535 do CPC não configurada.

1. Não ocorre violação ao art. 535 do Código de Processo Civil quando o Juízo, embora de forma sucinta, aprecia fundamentadamente todas as questões relevantes ao deslinde do feito, apenas adotando fundamentos divergentes da pretensão do recorrente. Precedentes.

2. O acórdão prolatado em agravo de instrumento torna preclusa a questão decidida, sendo certo que a preclusão é um fenômeno endoprocessual, ou seja,

somente diz respeito ao processo em curso e às suas partes, não alcançando direito de terceiro, da mesma forma que nem sempre terá repercussões para as próprias partes em outros processos nos quais a mesma questão venha a ser incidentalmente tratada.

3. No caso em apreço, à toda evidência, verifica-se a existência de dois processos, os quais têm partes distintas - o executivo, em que figuram o condomínio e o cônjuge da recorrente, e o de embargos de terceiro, cuja relação jurídico-processual tem como atores o mesmo condomínio e a esposa ora recorrente, por isso não se há falar em coisa julgada.

4. É dever do magistrado, no momento de proferir a sentença, levar em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, a superveniência de fato ou direito novo, nos termos do art. 462 do CPC, incorrendo em error in procedendo o Tribunal que, ignorando tal providência, prolata acórdão que dá ensejo à coexistência de duas decisões inconciliáveis - uma no processo de execução, determinando a impenhorabilidade do bem de família, e outra nos embargos, estabelecendo a possibilidade de excussão desse mesmo bem.

5. Ademais, a Lei 8.009/1990 ostenta natureza excepcional, de modo que as exceções à regra geral da impenhorabilidade do bem de família são previstas de forma taxativa, sendo insuscetíveis de interpretação extensiva. Precedentes.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1.074.838/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/10/2012, DJe 30/10/2012)

No mesmo sentido, ao dispor acerca da necessidade de considerar a coisa julgada posterior como fato superveniente, destaca-se:

Recurso especial. Ação de cobrança. Execução. Arguição incidental de nulidade da citação. Superveniência do trânsito em julgado de sentença em ação declaratória com o mesmo objetivo. Fato superveniente. Art. 462 do CPC. Consideração. Respeito à coisa julgada.

1. O julgamento deve refletir o estado de fato da lide no momento da entrega da prestação jurisdicional.

2. O fato superveniente (art. 462 do CPC) deve ser tomado em consideração no momento do julgamento a fim de evitar decisões contraditórias e prestigiar os princípios da economia processual e da segurança jurídica.

3. No caso dos autos, o fato superveniente - consubstanciado na coisa julgada produzida em lide (ação declaratória) que tramitava paralelamente ao processo de execução que deu origem aos presentes autos - é tema relevante e deve guiar a solução do presente recurso especial sob pena ofensa à coisa julgada.

4. Recurso especial provido para restabelecer a decisão de primeira instância.

(REsp 911.932/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 19/03/2013, DJe 25/03/2013 - grifou-se)

2.4 Partindo das referidas premissas, havendo decisão judicial, com trânsito em julgado, reconhecendo a resolução do compromisso de compra e venda da Fazenda Prata - título no qual se embasava o alegado direito do autor, ora recorrido, e, por conseguinte, a sua sucessão na posição de arrendante no contrato de arrendamento celebrado pelo usufrutuário falecido -, sobressai a sua ilegitimidade ativa para a demanda ajuizada em face do arrendatário do imóvel rural, *Carlos Roberto Ruvieri de Souza*, a fim de o compelir ao pagamento das prestações vencidas, bem assim rescindir o contrato e ser reintegrado na posse do bem.

É dizer, não sendo o autor/recorrido proprietário (ou promissário comprador) da Fazenda Prata, conforme reconhecido em sentença judicial transitada em julgado, não detém ele legitimidade para prosseguir com a ação de resolução do contrato de arrendamento rural outrora celebrado por quem detinha o usufruto do bem, cumulada com reintegração de posse..

3. Do exposto, *não conheço* do agravo interno de fls. 1.901-1.937, e-STJ e, outrossim, *conheço do recurso especial para*, ao considerar o fato novo trazido aos autos, provê-lo e extinguir o feito, ***sem apreciação do mérito***, com fundamento no artigo 485, inciso VI, do NCPC, em face da ilegitimidade do autor para o ajuizamento da demanda em tela.

Em consequência, condena-se o recorrido ao pagamento das despesas processuais, assim como de honorários aos advogados do réu/recorrente, no importe de 20% sobre o valor atualizado da causa constante da petição inaugural (R$ 10.000,00), nos termos do artigo 85, § 2º, do NCPC.

Saliente-se, por fim, que, diante dos eventos narrados nos autos, bem assim das intercorrências que se deram ao longo da tramitação deste feito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, já foi determinada a expedição de ofícios - ao Ministério Público - bem assim aos demais órgão com atribuição para adoção de providências.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.334.097-RJ (2012/0144910-7)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A

Advogados: José Perdiz de Jesus e outro(s) - DF010011
João Carlos Miranda Garcia de Sousa e outro(s) - RJ075342
Carolina Furtado de Mendonça Teixeira de Macedo - RJ152408
Filipe Seixo de Figueiredo - RJ180663
Gustavo Binenbojm - DF058607
Rafael Lorenzo Fernandez Koatz - DF046142
Recorrido: Jurandir Gomes de França
Advogados: Pedro D'Alcântara Miranda Filho e outro(s) - RJ069620
Gabriel Corrêa Junqueira - RJ177979

EMENTA

Recurso especial. Repercussão geral. Julgamento concluído. Juízo de retratação ou ratificação. Direito Civil-Constitucional. Conflito aparente de valores constitucionais. Direito de informação e Expressão *vs.* Direitos da personalidade. Documentário exibido em rede nacional. Chacina da Candelária. Tema n. 786/STF. RE n. 1.010.606/RJ. Compatibilidade entre os acórdãos do STJ e STF. Ratificação do julgado.

1. A dinâmica das transformações sociais, culturais e tecnológicas confere à vida em sociedade novas feições que o direito legislado tem dificuldades de acompanhar, originando conflitos entre a liberdade de informação e de expressão e os direitos inerentes à personalidade, todos de estatura constitucional.

2. O conflito entre os direitos da personalidade e o direito de informar e de expressão por meio de publicações jornalísticas singulariza-se num contexto em que falta aos fatos o elemento "contemporaneidade", capaz de trazer à tona dramas já administrados e de reacender o juízo social sobre os sujeitos envolvidos.

3. No julgamento realizado em 28/5/2013, a Quarta Turma do STJ, atenta à circunscrição da questão jurídica a ser solucionada, sem prender-se a denominações e a institutos, estabeleceu que a Constituição Federal, ao proclamar a liberdade de informação e de manifestação do pensamento, assim o fez traçando as diretrizes principiológicas de acordo com as quais essa liberdade será exercida, esclarecendo a natureza não absoluta daqueles direitos e que, no

conflito entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade, eventual prevalência sobre os segundos, após realizada a necessária ponderação para o caso concreto, encontra amparo no ordenamento jurídico, não consubstanciando, em si, a apontada censura vedada pela Constituição Federal de 1988.

4. No julgamento mencionado no item anterior, realçou-se que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo, capaz de revelar para o futuro os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época. Todavia, em se tratando da historicidade do crime, a divulgação dos fatos há de ser vista com cautela, merecendo ponderação casuística, a fim de resguardar direitos da personalidade dos atores do evento narrado.

5. Apreciados os mesmos fatos pelo STF (RE n. 1.010.606/RJ), a Suprema Corte sintetizou o julgamento numa tese com a identificação de duas situações distintas, tendo sido previstas para cada qual, naturalmente, soluções diferenciadas para o aparente conflito entre os valores e os direitos que gravitam a questão.

6. Na primeira parte da tese firmada, reconheceu-se a ilegitimidade da invocação do direito ao esquecimento, autonomamente, com o objetivo de obstar a divulgação dos fatos, que, embora lamentavelmente constituam uma tragédia, são verídicos, compõem o rol dos casos notórios de violência na sociedade brasileira e foram licitamente obtidos à época de sua ocorrência, não tendo o decurso do tempo, por si só, tornado ilícita ou abusiva sua (re)divulgação, sob pena de se restringir, desarrazoadamente, o exercício do direito à liberdade de expressão, de informação e de imprensa.

7. Na segunda parte da tese, asseverou-se o indispensável resguardo dos direitos da personalidade das vítimas de crimes, inclusive dos seus familiares, sobretudo no que tange aos crimes bárbaros: "todos esses julgamentos têm algo em comum, além da necessidade de compatibilidade interpretativa entre a liberdade de expressão, a dignidade da pessoa humana, a intimidade e privacidade; a exigência de análise específica – caso a caso – de eventuais abusos nas divulgações, da necessidade de atualização dos dados, da importância dos fatos, do desvio de finalidade ou na exploração ilícita das informações."

8. Nessa linha, não bastasse a literalidade da segunda parte da tese apresentada (Tema n. 786/STF), os pressupostos que alicerçaram

o entendimento do Supremo Tribunal Federal foram coincidentes com aqueles nos quais se estruturou a decisão tomada no recurso especial pela Quarta Turma do STJ, justificando-se a confirmação do julgado proferido por este colegiado.

9. De fato, no caso em exame, conforme análise pormenorizada dos fatos e julgamento desta Turma, constatou-se exatamente a situação abusiva referida pelo Supremo, situação para a qual aquele Tribunal determinou: em sendo constatado o excesso na divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais, se proceda o julgador competente ao estancamento da violação, com base nas legítimas formas previstas pelo ordenamento.

10. Sublinhe-se que tal excesso e o ataque aos direitos fundamentais do autor foram bem sintetizados no voto condutor, que salientou que a permissão de nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, no caso concreto, significaria uma segunda ofensa à dignidade, justificada pela primeira, uma vez que, além do crime em si, o inquérito policial se consubstanciava em reconhecida "vergonha nacional" à parte.

11. Recurso especial não provido. Ratificação do julgamento originário, tendo em vista sua coincidência com os fundamentos apresentados pelo STF.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, após o voto-vista do Ministro Raul Araújo dando provimento ao recurso especial, divergindo do relator, por maioria, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do relator. Vencido o Ministro Raul Araújo (voto-vista).

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti e os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 1º.2.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: *1. Jurandir Gomes de França*, ora recorrido, ajuizou ação de reparação de danos morais em face de *Globo Comunicações e Participações S.A.*, ora recorrente, aduzindo que a ré o procurou com o intuito de entrevistá-lo em programa televisivo (*Linha Direta - Justiça*) que teria como tema uma série de homicídios ocorridos na cidade do Rio de Janeiro, em 23 de julho de 1993, evento trágico mundialmente conhecido como *Chacina da Candelária*. O autor teria sido um dos indiciados como coautor/partícipe do crime, mas, após julgamento pelo Tribunal do Júri, foi absolvido por negativa de autoria pela unanimidade dos membros do Conselho de Sentença. Na ocasião, afirmou que teria recusado a entrevista e mencionado o desinteresse em ter sua imagem exposta em rede nacional. Em junho de 2006, o programa foi ao ar com referência ao autor como um dos envolvidos no evento chacina.

Entendeu o ora recorrido que a transmissão levou a público situação que já havia sido superada, reacendendo na comunidade onde reside a imagem de chacinador e o ódio social, ferindo, assim, seu direito à paz, anonimato e privacidade, com prejuízos diretos também a seus familiares.

Salientou que a exposição de sua imagem e nome no mencionado programa foi ilícita e causou-lhe intenso abalo moral. Nessa extensão, pleiteou indenização no valor de 300 (trezentos) salários mínimos.

O juízo de piso, sopesando, de um lado, o interesse público da notícia acerca de "evento traumático da história nacional" que repercutiu "de forma desastrosa na imagem do país junto à comunidade internacional" e, de outro, o "direito ao anonimato e ao esquecimento" do autor, entendeu por bem mitigar o segundo, julgando improcedente o pedido indenizatório (fls. 130-137).

Em apelação, a sentença foi reformada, por maioria, nos termos da seguinte ementa (fls. 195-196):

> Apelação. Autor que, acusado de envolvimento na Chacina da Candelária, vem a ser absolvido pelo Tribunal do Júri por unanimidade. Posterior veiculação do episódio, contra sua vontade expressa, no programa Linha Direta, que declinou seu nome verdadeiro e reacendeu na comunidade em que vivia o autor o interesse e a desconfiança de todos. Conflito de valores constitucionais. Direito de Informar e Direito de Ser Esquecido, derivado da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal.
>
> I - O dever de informar, consagrado no art. 220 da Carta de 1988, faz-se no interesse do cidadão e do país, em particular para a formação da identidade cultural deste último.

> II - Constituindo os episódios históricos patrimônio de um povo, reconhece-se à imprensa o direito/dever de recontá-los indefinidamente, bem como rediscuti-los, em diálogo com a sociedade civil.
>
> III - Do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, e do direito que tem todo cidadão de alcançar a felicidade, restringe-se a informação, contudo, no que toca àqueles que, antes anônimos, foram absolvidos em processos criminais e retornaram ao esquecimento.
>
> IV - Por isto, se o autor, antes réu, viu-se envolvido em caráter meramente lateral e acessório, em processo do qual foi absolvido, e se após este voltou ao anonimato, e ainda sendo possível contar a estória da Chacina da Candelária sem a menção de seu nome, constitui abuso do direito de informar e violação da imagem do cidadão a edição de programa jornalístico contra a vontade expressamente manifestada de quem deseja prosseguir no esquecimento.
>
> V - Precedentes dos tribunais estrangeiros. *Recurso ao qual se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de R$ 50.000,00 a título de indenização*.

Opostos embargos infringentes, também por maioria, foram rejeitados, nos termos da seguinte ementa (fls. 297-299):

> Embargos Infringentes. Indenizatória. Matéria televisivo-jornalística: "Chacina da Candelária". Pessoa acusada de participação no hediondo crime e, alfim, inocentada. Uso inconsentido de sua imagem e nome. Conflito aparente entre princípios fundamentais de Direito: Informação "vs" Vida Privada, Intimidade e Imagem. Direito ao esquecimento e direito de ser deixado em paz: sua aplicação. Proteção da identidade e imagem de pessoa não-pública. Dados dispensáveis à boa qualidade jornalística da reportagem. Dano moral e dano à imagem: distinção e autonomia relativa. Indenização. Quantificação: critérios.
>
> 1. Trata-se de ação indenizatória por dano moral e à imagem, fundada não em publicação caluniosa ou imprecisa, mas no só revolver de fatos pretéritos que impactaram drasticamente a esfera da vida privada do autor - acusado que fora, injustamente, de participação na autoria de crime de inglória lembrança, a "chacina da Candelária".
>
> Por isto mesmo, não aproveita à ré a alegação de cuidado com a verdade dos fatos e sua não distorção - alegação que, conquanto veraz, não guarda relação com a causa de pedir.
>
> 2. Conquanto inegável seja o interesse público na discussão aberta de fatos históricos pertencentes à memória coletiva, e de todos os pormenores a ele relacionados, é por outro lado contestável a necessidade de revelarem-se nome completo e imagem de pessoa envolvida, involuntariamente, em episódio tão funesto, se esses dados já não mais constituem novidade jornalística nem acrescem substância ao teor da matéria vocacionada a revisitar fatos ocorridos há mais de década.

Não é leviano asseverar que, atendido fosse o clamor do autor de não ter revelados o nome e a imagem, o distinto público não estaria *menos bem* informado sobre a Chacina da Candelária e o desarranjado inquérito policial que lhe sucedeu, formando uma vergonha nacional à parte.

3. Recorre-se ao juízo de ponderação de valores para solver conflito (aparente) de princípios de Direito: no caso, o da livre informação, a proteger o interesse privado do veículo de comunicação voltado ao lucro, e o interesse público dos destinatários da notícia; e o da inviolabilidade da intimidade, da imagem e da vida privada.

A desfiguração eletrônica da imagem do autor e o uso de um pseudônimo (como se faz, em observância a nosso ordenamento, para proteção de menores infratores) consistiria em sacrifício mínimo à liberdade de expressão, em favor de um outro direito fundamental que, no caso concreto, merecia maior atenção e preponderância.

4. Das garantias fundamentais à intimidade e à vida privada, bem assim do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, extraíram a doutrina e a jurisprudência de diversos países, como uma sua derivação, o chamado "direito ao esquecimento", também chamado pelos norte-amercianos de "direito de ser deixado em paz".

Historicamente, a construção desses conceitos jurídicos fez-se a bem da ressocialização de autores de atos delituosos, sobretudo quando libertados ou em vias de o serem.

Se o direito ao esquecimento beneficia os que já pagaram por crimes que de fato cometeram, com maior razão se deve observá-lo em favor dos inocentes, involuntariamente tragados por um furacão de eventos nefastos para sua vida pessoal, e que não se convém revolver depois que, com esforço, a vítima logra reconstruir sua vida.

5. Analisado como sistema que é, nosso ordenamento jurídico, que protege o direito de ressocialização do apenado (art. 748 do CPP) e o direito do menor infrator (arts. 17 e 18 do ECA), decerto protegerá também, por analogia, a vida privada do inocente injustamente acusado pelo Estado.

6. O direito de imagem não se confunde com o direito à honra: para a violação daquele, basta o uso inconsentido da imagem, pouco importando se associada ou não a um conteúdo que a denigra.

Não sendo o autor pessoa pública, porque a revelação de sua imagem já não traz novidade jornalística alguma (pois longínqua a data dos fatos), o uso de sua imagem, a despeito da expressa resistência do titular, constitui violação de direito a todos oponível, violação essa que difere da ofensa moral (CF. art. 5º, V, da CF).

7. Tomando em linha de conta a centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana, a severidade dos danos decorrentes da exibição do programa

> televisivo na vida privada do autor (relançado na persona de "suspeito" entre as pessoas de sua convivência comunal), e o conteúdo punitivo-pedagógico do instituto da indenização por dano moral, a verba aparentemente exagerada de R$ 50.000,00 se torna adequada - tanto mais em se tratando do veículo de comunicação de maior audiência e, talvez, de maior porte econômico.
>
> Desprovimento do recurso.

Foi interposto recurso especial por *Globo Comunicações e Participações S.A.*, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, com alegação de ofensa aos arts. 333, I, e 535 do CPC/1973 e arts. 186, 188, I, 927 e 944 do CC/2002.

Nas razões do recurso, a recorrente afirmou a inexistência do dever de indenizar por ausência de ilicitude, uma vez que a ideia do programa *Linha Direta Justiça* é comum no Brasil e no exterior, sendo natural a divulgação de casos criminais célebres de grande repercussão no passado, por diversos meios de comunicação jornalísticos (livros, jornais, revistas, rádio, cinema e televisão).

Sustentou não ter havido invasão à privacidade/intimidade do autor, porque os fatos noticiados já eram públicos e fartamente discutidos na sociedade, fazendo parte do acervo histórico do povo.

Argumentou que o programa jornalístico tinha a forma de documentário, sobre acontecimentos de relevante interesse público, tendo a emissora se limitado a narrar os fatos tais como ocorridos, sem dirigir nenhuma ofensa à pessoa do autor, ao contrário, deixando claro que teria sido inocentado.

Defendeu ser incabível o acolhimento de "um *direito ao esquecimento* ou do *direito de ser deixado em paz*", que sobrepujaria o direito de informar da recorrente, bem como não ser possível retratar a trágica história dos homicídios da Candelária sem mencionar o recorrido, porque se tornou, infelizmente, uma peça-chave do episódio e do conturbado inquérito policial. Assim, a ocultação do recorrido ou dos demais inocentados pelo crime "seria o mesmo que deixar o programa jornalístico sem qualquer lógica, pois um dos mais relevantes aspectos que envolveram o crime foi justamente a conturbada e incompetente investigação promovida pela polícia" (fl. 343).

Sintetizou que "o simples fato da pessoa se relacionar com a notícia ou fato histórico de interesse coletivo é suficiente para mitigar seu direito à intimidade, tornando lícita a divulgação de seu nome e de sua imagem independentemente de autorização". Pleiteou, subsidiariamente, o reconhecimento de inexistência de dano moral ou a exorbitância da indenização.

Julgado o recurso especial, esta colenda Turma, por unanimidade, negou-lhe provimento, nos termos da ementa que segue (fls. 583-587):

> Recurso especial. Direito Civil-Constitucional. Liberdade de imprensa vs. direitos da personalidade. Litígio de solução transversal. Competência do Superior Tribunal de Justiça.
>
> Documentário exibido em rede nacional. Linha Direta-Justiça. Sequência de homicídios conhecida como Chacina da Candelária. Reportagem que reacende o tema treze anos depois do fato. Veiculação inconsentida de nome e imagem de indiciado nos crimes. Absolvição posterior por negativa de autoria. Direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena e dos absolvidos. Acolhimento. Decorrência da proteção legal e constitucional da dignidade da pessoa humana e das limitações positivadas à atividade informativa. Presunção legal e constitucional de ressocialização da pessoa. Ponderação de valores. Precedentes de direito comparado.
>
> 1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.
>
> 2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado.
>
> 3. No caso, o julgamento restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações.
>
> 4. Um dos danos colaterais da "modernidade líquida" tem sido a progressiva eliminação da "divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do 'privado' e do 'público' no que se refere à vida humana", de modo que, na atual sociedade da hiperinformação, parecem evidentes os "riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira"

(BAUMAN, Zygmunt. Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, pp. 111-113). Diante dessas preocupantes constatações, o momento é de novas e necessárias reflexões, das quais podem mesmo advir novos direitos ou novas perspectivas sobre velhos direitos revisitados.

5. Há um estreito e indissolúvel vínculo entre a liberdade de imprensa e todo e qualquer Estado de Direito que pretenda se autoafirmar como Democrático. Uma imprensa livre galvaniza contínua e diariamente os pilares da democracia, que, em boa verdade, é projeto para sempre inacabado e que nunca atingirá um ápice de otimização a partir do qual nada se terá a agregar. Esse processo interminável, do qual não se pode descurar - nem o povo, nem as instituições democráticas -, encontra na imprensa livre um vital combustível para sua sobrevivência, e bem por isso que a mínima cogitação em torno de alguma limitação da imprensa traz naturalmente consigo reminiscências de um passado sombrio de descontinuidade democrática.

6. Não obstante o cenário de perseguição e tolhimento pelo qual passou a imprensa brasileira em décadas pretéritas, e a par de sua inegável virtude histórica, a mídia do século XXI deve fincar a legitimação de sua liberdade em valores atuais, próprios e decorrentes diretamente da importância e nobreza da atividade. Os antigos fantasmas da liberdade de imprensa, embora deles não se possa esquecer jamais, atualmente, não autorizam a atuação informativa desprendida de regras e princípios a todos impostos.

7. Assim, a liberdade de imprensa há de ser analisada a partir de dois paradigmas jurídicos bem distantes um do outro. O primeiro, de completo menosprezo tanto da dignidade da pessoa humana quanto da liberdade de imprensa; e o segundo, o atual, de dupla tutela constitucional de ambos os valores.

8. Nesse passo, a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 1988, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto. Essa constatação se mostra consentânea com o fato de que, a despeito de a informação livre de censura ter sido inserida no seleto grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua vocação antropocêntrica no momento em que gravou, já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como - mais que um direito - um fundamento da República, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos posteriormente reconhecidos. Exegese dos arts. 11, 20 e 21 do Código Civil de 2002. Aplicação da filosofia kantiana, base da teoria da dignidade

da pessoa humana, segundo a qual o ser humano tem um valor em si que supera o das "coisas humanas".

9. Não há dúvida de que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar, para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época. Todavia, a historicidade da notícia jornalística, em se tratando de jornalismo policial, há de ser vista com cautela. Há, de fato, crimes históricos e criminosos famosos; mas também há crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, obra da exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do "bandido" vs. "cidadão de bem".

10. É que a historicidade de determinados crimes por vezes é edificada à custa de vários desvios de legalidade, por isso não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo - a pretexto da historicidade do fato - pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado. Por isso, nesses casos, o reconhecimento do "direito ao esquecimento" pode significar um corretivo - tardio, mas possível - das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia.

11. É evidente o legítimo interesse público em que seja dada publicidade da resposta estatal ao fenômeno criminal. Não obstante, é imperioso também ressaltar que o interesse público - além de ser conceito de significação fluida - não coincide com o interesse do público, que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praceamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada.

12. Assim como é acolhido no direito estrangeiro, é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com base não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional. A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar. Precedentes de direito comparado.

13. Nesse passo, o Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por institutos bem conhecidos de todos: prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, prazo máximo para que o nome de inadimplentes figure em

cadastros restritivos de crédito, reabilitação penal e o direito ao sigilo quanto à folha de antecedentes daqueles que já cumpriram pena (art. 93 do Código Penal, art. 748 do Código de Processo Penal e art. 202 da Lei de Execuções Penais). Doutrina e precedentes.

14. Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da folha de antecedentes, assim também a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos.

15. Ao crime, por si só, subjaz um natural interesse público, caso contrário nem seria crime, e eventuais violações de direito resolver-se-iam nos domínios da responsabilidade civil. E esse interesse público, que é, em alguma medida, satisfeito pela publicidade do processo penal, finca raízes essencialmente na fiscalização social da resposta estatal que será dada ao fato. Se é assim, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente. E é nesse interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Após essa vida útil da informação seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias humanas.

16. Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória - que é a conexão do presente com o passado - e a esperança - que é o vínculo do futuro com o presente -, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

17. Ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos - historicidade essa que deve ser analisada em concreto -, cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo, desde que a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável.

18. No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado - com muita razão - um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome

> e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito.
>
> 19. Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem se mostrou fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado.
>
> No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida "vergonha" nacional à parte.
>
> 20. Condenação mantida em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por não se mostrar exorbitante.
>
> 21. Recurso especial não provido.

Em face do acórdão acima destacado, *Globo Comunicações e Participações S.A.* interpôs recurso extraordinário (fls. 593-616), com alegação de ofensa aos arts. 5º, IV, V, IX, X e XIV, 220 e 221 da Constituição Federal.

Defendeu, em síntese, que, na hipótese, no conflito entre a liberdade de imprensa e o direto à privacidade do recorrido, a primeira deve prevalecer. Alegou que "não deve ser garantido às pessoas que integram episódios criminosos de repercussão nacional ou internacional, independentemente da sua posição nos fatos narrados, o direito de esquecimento, uma vez que a história da sociedade e o interesse público que a norteia devem prevalecer ao direito de recolhimento do indivíduo" (fl. 605). Asseverou que "não é possível retirar do acusado a qualidade de pessoa pública que foi submetida a um julgamento histórico do país, atraindo em seu desfavor, *data venia*, o direito de ter sua imagem e nome explorados pelos meios de comunicação sempre que o interesse público exigir".

Inadmitido o recurso pela Vice-Presidência deste Superior Tribunal (fls. 633-638), a recorrente interpôs o pertinente agravo (fls. 642-656).

Analisado o agravo na Suprema Corte, o excelentíssimo Ministro Marco Aurélio Mello destacou que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, apreciando o ARE n. 833.248/RJ, posteriormente substituído pelo RE n. 1.010.606/RJ, ambos de relatoria do eminente Ministro Dias Toffoli, teria *reconhecido a repercussão geral da questão constitucional naquela suscitada, coincidente, em todos os seus aspectos, com a controvérsia jurídica versada na presente causa*. Determinou-se, assim, a devolução dos autos a este Superior Tribunal (fls. 773-774), nos termos do art. 328 do RISTF.

Após, com fundamento no art. 1.030, III, do CPC, foi determinado pela Presidência desta Casa o sobrestamento do recurso extraordinário, até a publicação da decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal acerca do Tema 786/STF da sistemática da repercussão geral (fls. 778-784).

Em despacho proferido em junho do corrente ano (fls. 791-798), a Vice-Presidência deste Tribunal Superior encaminhou os autos a este relator, informando a conclusão do julgamento da questão aqui tratada pelo Supremo Tribunal Federal, para análise por este egrégio Colegiado da conformação dos entendimentos externados. Confira-se:

> No RE n. 1.010.606/RJ, julgado sob o regime da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que "é incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais", acrescentando que "eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível" (Tema 786/STF).
>
> (...)
>
> *Na espécie, compulsando-se os autos verifica-se que o entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça destoa, em princípio, do Tema 786/STF.*
>
> *Ante o exposto, nos termos do art. 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil, encaminhem-se os autos à Turma para eventual juízo de retratação.*

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): *2.* O presente recurso especial retorna à apreciação deste órgão julgador para fins do disposto no art. 1.040, II, do CPC, em razão do julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.010.606/RJ, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, sob o regime da repercussão geral, em que foi firmado o entendimento segundo o qual "é incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de

comunicação social analógicos ou digitais", além de que "eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível".

Abaixo, confira-se a ementa do julgado:

> Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido.
>
> 1. Recurso extraordinário interposto em face de acórdão por meio do qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento a apelação em ação indenizatória que objetivava a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores, Aída Curi, no programa Linha Direta: Justiça.
>
> 2. Os precedentes mais longínquos apontados no debate sobre o chamado direito ao esquecimento passaram ao largo do direito autônomo ao esmaecimento de fatos, dados ou notícias pela passagem do tempo, tendo os julgadores se valido essencialmente de institutos jurídicos hoje bastante consolidados. A utilização de expressões que remetem a alguma modalidade de direito a reclusão ou recolhimento, como droit a l'oubli ou right to be let alone, foi aplicada de forma discreta e muito pontual, com significativa menção, ademais, nas razões de decidir, a direitos da personalidade/privacidade. Já na contemporaneidade, campo mais fértil ao trato do tema pelo advento da sociedade digital, o nominado direito ao esquecimento adquiriu roupagem diversa, sobretudo após o julgamento do chamado Caso González pelo Tribunal de Justiça Europeia, associando-se o problema do esquecimento ao tratamento e à conservação de informações pessoais na internet.
>
> 3. Em que pese a existência de vertentes diversas que atribuem significados distintos à expressão direito ao esquecimento, é possível identificar elementos essenciais nas diversas invocações, a partir dos quais se torna possível nominar o direito ao esquecimento como a pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtuais, de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante.
>
> 4. O ordenamento jurídico brasileiro possui expressas e pontuais previsões em que se admite, sob condições específicas, o decurso do tempo como razão para supressão de dados ou informações, em circunstâncias que não configuram, todavia, a pretensão ao direito ao esquecimento. Elas se relacionam com o

efeito temporal, mas não consagram um direito a que os sujeitos não sejam confrontados quanto às informações do passado, de modo que eventuais notícias sobre esses sujeitos – publicadas ao tempo em que os dados e as informações estiveram acessíveis – não são alcançadas pelo efeito de ocultamento. Elas permanecem passíveis de circulação se os dados nelas contidos tiverem sido, a seu tempo, licitamente obtidos e tratados. Isso porque a passagem do tempo, por si só, não tem o condão de transmutar uma publicação ou um dado nela contido de lícito para ilícito.

5. A previsão ou aplicação do direito ao esquecimento afronta a liberdade de expressão. Um comando jurídico que eleja a passagem do tempo como restrição à divulgação de informação verdadeira, licitamente obtida e com adequado tratamento dos dados nela inseridos, precisa estar previsto em lei, de modo pontual, clarividente e sem anulação da liberdade de expressão. Ele não pode, ademais, ser fruto apenas de ponderação judicial.

6. O caso concreto se refere ao programa televisivo Linha Direta: Justiça, que, revisitando alguns crimes que abalaram o Brasil, apresentou, dentre alguns casos verídicos que envolviam vítimas de violência contra a mulher, objetos de farta documentação social e jornalística, o caso de Aida Curi, cujos irmãos são autores da ação que deu origem ao presente recurso. Não cabe a aplicação do direito ao esquecimento a esse caso, tendo em vista que a exibição do referido programa não incorreu em afronta ao nome, à imagem, à vida privada da vítima ou de seus familiares. Recurso extraordinário não provido.

8. Fixa-se a seguinte tese: "*É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível*".

(RE n. 1.010.606, rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 11/2/2021, processo eletrônico, repercussão geral, mérito, DJe-096 divulg. 19/5/2021, public. 20/5/2021.)

3. No que diz respeito à controvérsia destes autos, relembro que se circunscreve ao conflito aparente entre valores e direitos, todos, igualmente, de estatura constitucional.

O choque aparente, é certo, tem origem numa realidade cada vez mais dinâmica, que se revela em transformações sociais, culturais e tecnológicas, que atribuem àqueles valores e direitos uma nova aparência, conferindo ao homem e à vida em sociedade novas feições que o estático direito legislado tem dificuldade de acompanhar.

Nessa ordem de ideias, o Judiciário tem sido, de maneira recorrente, instado a resolver conflitos entre a liberdade de informação e de expressão e os direitos inerentes à personalidade, todos de estatura constitucional.

Na hipótese, o aparente conflito tem sua nascente na opção eleita pela própria Carta Magna em proteger valores por vezes antagônicos, representados, de um lado, pelo legítimo interesse de "querer ocultar-se" e, de outro, pelo, também legítimo, direito de "revelarem-se os fatos" e de "conhecer esses mesmos fatos".

Como se sabe, inúmeros precedentes das Cortes de Justiça já analisaram casos de confronto entre publicações jornalísticas e alegadas ofensas aos direitos da personalidade, tendo as soluções conferidas, quase sempre, ficado inseridas em um contexto de ilicitude da publicação - em razão de conteúdo difamatório ou inverídico -, contendo também um cenário de contemporaneidade da notícia.

Neste caso, o conflito entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade "incrementou-se" e desafiou o julgador a solucioná-lo com base em uma nova arquitetura, que proporcionou a invocação de novos direitos, hauridos que sejam dos já estabelecidos direitos à honra, à privacidade e à intimidade, todos, diga-se uma vez mais, albergados constitucionalmente.

No caso ora em julgamento, recorde-se, a controvérsia se singulariza pela ausência de contemporaneidade dos fatos noticiados, cuja divulgação, segundo o autor da ação indenizatória, ora recorrido, trouxe à tona dramas já administrados e resolvidos, assim como fez reascender juízo social impiedoso quanto à sua índole, circunstâncias que lhe teriam causado abalo, do qual se pleiteia a reparação.

Nesse passo, o autor busca o reconhecimento do direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, principalmente por se tratar de acusação da qual, posteriormente, fora inocentado.

4. O exame dessa questão, destarte, deve ser feito à luz do que a Suprema Corte decidiu, com repercussão geral, no multicitado recurso extraordinário n. 1.010.606/RJ (caso chamado "Aída Cury", também julgado por esta egrégia Turma na mesma ocasião em que apreciou este recurso que ora se reexamina), para, posteriormente, proceder-se à análise da coincidência ou não daquele entendimento com o que foi alcançado por esta colenda Turma na apreciação do recurso especial.

Para tanto, penso mais acertado transcrever excertos fundamentais do voto condutor do julgamento, de relatoria do ilustre Ministro Dias Toffoli, rogando escusas antecipadas pela extensão:

> *II - **Direito ao esquecimento: nomenclatura e elementos essenciais***
>
> *II.1 – **Nomenclatura***
>
> *II. 2. **Elementos essenciais do direito ao esquecimento***
>
> ***(a) Licitude da Informação***
>
> Começo destacando que, para fins de abordar o direito ao esquecimento, é necessário apartar de sua abrangência as informações ilícitas, ou seja: *é preciso desconsiderar as informações inverídicas e as informações adquiridas ou utilizadas contrariamente à lei*.
>
> *Para a proteção contra informações inverídicas ou ilicitamente obtidas/utilizadas, o ordenamento jurídico é farto, seja em âmbito penal, seja em âmbito cível*.
>
> Penalmente, tutela-se, por exemplo, a honra por meio de tipificação das condutas de injúria, calúnia e difamação (arts. 138 a 140 do CP); pune-se a divulgação de fatos inverídicos em âmbito eleitoral (art. 323 do Código Eleitoral) (...)
>
> No âmbito cível, a par da previsão de indenização nos crimes contra a honra (art. 953 do CC/02), inúmeras normas asseguram medidas para impedir ou fazer cessar o comportamento ilícito dirigido ao nome ou à imagem (...)
>
> No contexto digital, observa-se, em escala global, intensa movimentação jurídica.
>
> (...)
>
> No Brasil, foi editado o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14).
>
> (...)
>
> *Diferentemente, o que se invoca com o direito ao esquecimento é a proteção jurídica para impedir a divulgação de fatos ou dados verdadeiros licitamente obtidos, amparando-se na alegação, em essência, de que, pelo decurso do tempo, as informações de outrora não guardariam relevância jurídica, ao passo que sua ocultação (ou ocultação dos elementos pessoais dos envolvidos) melhor serviria aos propósitos constitucionais, sobretudo à proteção dos direitos da personalidade*.
>
> Porém, como salientei, o ordenamento brasileiro é farto em dispositivos voltados à proteção da pessoa, da personalidade e da privacidade humana diante de divulgação ilícita (fato inverídico ou dado coletado/utilizado em desconformidade com a lei).
>
> (...)
>
> *Reafirmo, portanto, ser necessário esse recorte para melhor precisar o conceito do direito ao esquecimento: as informações cuja comunicação se pretende obstar **devem ser lícitas***.

Não basta, todavia, a licitude da informação para caracterizar o pretenso direito ao esquecimento. No cerne da alegação em favor de um direito ao esquecimento de fatos passados está a compreensão de que, não obstante se trate de fatos verdadeiros, sua utilização temporalmente distante de sua ocorrência os tornaria descontextualizados. É nesse aspecto que surge o segundo elemento definidor do direito ao esquecimento: o decurso do tempo.

(b) Decurso do tempo: o aspecto temporoespacial

(...)

A pretensão ao direito ao esquecimento vincula-se, então, a um elemento temporoespacial: a passagem do tempo seria capaz de tornar opacas as informações no contexto espacial, a tal ponto que sua publicação não retrataria a completude dos fatos nem a atual identidade dos envolvidos.

(...) *neste voto, nos ateremos ao que aproxima as diferentes vertentes do direito ao esquecimento, tendo em vista o interesse de quem o invoca de não vir a ser confrontado por outros elementos de seu passado (informações ou dados) que se alega não serem mais relevantes no presente*.

(...)

Em conclusão, a partir desses elementos essenciais, podemos entender o nominado direito ao esquecimento como a pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtual, de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante.

É, então, sob tais elementos da pretensão, que, nestes autos, se deve apreciar a aceitação ou não pelo ordenamento jurídico pátrio de um direito correspondente.

III. ***Existiria um direito fundamental ao esquecimento****?*

É possível identificar três posições sobre a suposta existência de um direito fundamental ao esquecimento.

A primeira posição é a que reconhece existir um direito fundamental explícito.

A segunda posição é a que afirma haver um direito fundamental implícito, decorrente, ora da dignidade humana, ora da privacidade, nada impedindo que o Congresso Nacional venha a restringir ou ampliar seu suporte fático em cada circunstância (...)

A terceira posição é a que não reconhece sua existência como direito fundamental autônomo, mas que admite identificá-lo como integrante do suporte fático de algum dos direitos fundamentais do art. 5º, inciso X (a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas), com reflexos no direito ordinário.

Verifica-se, portanto, ser comum a todas as concepções a íntima associação do direito ao esquecimento com os direitos da personalidade.

(...)

A meu ver, a resposta para tais questionamentos vai claramente no sentido da ***inexistência no ordenamento jurídico brasileiro*** *de um direito genérico com essa conformação, seja expressa ou implicitamente*.

O que existe no ordenamento são expressas e pontuais previsões em que se admite, sob condições específicas, o decurso do tempo como razão para supressão de dados ou informações.

Vide a *previsão do Código de Defesa do Consumidor* (art. 43, § 1º, da Lei n. 8.078/90) de que os cadastros de consumidores não podem "conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos", ou, ainda, a *previsão do Código Penal* (arts. 93 a 95) quanto à reabilitação do condenado, que "poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução", assegurando-se ao condenado "o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação". Ou, ademais, *a previsão, quanto ao universo digital*, trazida pela Lei n. 12.965/14 (o Marco Civil da Internet), que assegura como direito do usuário da rede a "exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet a seu requerimento, ao término da relação entre as partes", ressalvadas apenas "as hipóteses de guarda obrigatória de registros" (art. 7º, X).

Tais previsões, todavia, ***não configuram a pretensão do direito ao esquecimento***. *Relacionam-se com o efeito temporal, mas* ***não consagram um direito a que os sujeitos não sejam confrontados quanto às informações do passado. Desse modo, eventuais notícias que tenham sido formuladas – ao tempo em que os dados e/ou as informações estiveram acessíveis – não são alcançadas pelo efeito de ocultamento***.

Elas permanecem passíveis de circulação se os dados nelas contidos tiverem sido, a seu tempo, licitamente obtidos e tratados.

Não nego o impacto do tempo na percepção humana dos acontecimentos que envolvem informações ou dados dos indivíduos, pois é certo que a mesma informação ao tempo dos acontecimentos e anos após servirá, a cada divulgação, a propósitos diversos. *Porém, a meu ver, a passagem do tempo, por si só, não tem o condão de transmutar a condição de uma publicação ou um dado nela contido de lícita para ilícita*.

(...)

A mudança promovida pelo tempo, porém, é de contexto social, não de fatos. Esses se mantêm preservados e são, inclusive, objeto de estudo das ciências sociais, tanto quanto os fenômenos da natureza são objeto das ciências naturais. *E as ciências sociais não se debruçam apenas sobre o tempo presente. Ao contrário, há ciências que se dirigem, de modo especial, ao tempo passado. Há outras, por seu turno, cujo objeto é exatamente o comportamento ou a* psique *humanos. De modo especial, a essas últimas importa conhecer o sujeito: seus hábitos, sua vida, sua história, seus atos*.

Se não cogitamos apresentar o Sistema Solar sem indicar o Sol, como podemos supor falar de fatos sem consideração ao comportamento humano?

Negar acesso a fatos ou dados simplesmente porque já passados é interferir, ainda que indiretamente, na ciência, em sua independência e em seu progresso.

(...)

Entretanto, a verdade dos fatos e, no mesmo sentido, a busca por ela, nunca esteve sob o jugo do tempo. São coisas distintas.

Não há, assim, que se confundir o cumprimento da ordem penal – do qual pode decorrer eventual punibilidade, prescrição, anistia ou qualquer outro meio de atendimento a suas normas -– com o intuito de divulgação dos fatos.

A reabilitação, por exemplo, é instituto penal, com requisitos específicos. Uma vez atendidos, assegura-se ao condenado "o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação". Isso não implica, todavia, prejuízo ao conhecimento – mesmo *a posteriori* – dos fatos criminosos eventualmente noticiados. A lógica não se restringe ao âmbito penal, mas a toda ordem jurídica.

(...)

Ressalte-se que, quando se fala em verdade histórica, não se está apenas falando em fatos atinentes a pessoas mais proeminentes da ordem social, mas a todos os fatos que possam, de algum modo, compor o objeto de interesse das ciências sociais ou mesmo das relações humanas.

Os homens, em suas relações, também possuem interesse em conhecer os fatos, em apurar suas instituições e em rever seus acertos e erros como sociedade. A isso se chama, comumente, de interesse público no conhecimento dos fatos.

Mas observe-se: é de potencial interesse público o que possa ser licitamente obtido e divulgado. Desse modo, um dado que não possa ser objeto de divulgação não é, em qualquer circunstância, dotado de interesse público.

Interesse público pressupõe licitude. E licitude implica respeito aos direitos da personalidade. Nossa Constituição é rica em previsões protetivas dos direitos da privacidade e de inviolabilidades do indivíduo.

(...)

Seguindo a autorização constitucional, o legislador brasileiro, em inúmeras ocasiões, procedeu à ponderação entre direitos fundamentais na direção da máxima proteção aos direitos da personalidade, restringindo, em alguma medida, a liberdade de expressão.

O Código Penal tipificou as condutas dirigidas contra a honra nos tipos de calúnia, injúria e difamação (arts. 138 a 145 do CP); no mesmo passo, o Código Civil previu indenização em tais situações (art. 953 do CC/02). O mesmo Código Civil, em seu art. 20, protege a imagem, dispondo que sua utilização pode ser proibida e mesmo indenizada se atingir "a honra, a boa fama ou a respeitabilidade"

do sujeito. O direito ao nome, em sua função de individuar a pessoa, encontra resguardo nos arts. 16 a 19 do CC/02, assegurando-se, inclusive, que o nome "não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória" (art. 17). Adicionalmente, o art. 21 do CC/02 dispôs sobre a proteção à vida privada da pessoa natural e, salvo disposição legal em contrário, todos esses direitos da personalidade são "intransmissíveis e irrenunciáveis".

(...)

Como se observa, portanto, há uma vasta proteção constitucional, legal e jurisprudencial a todos os direitos da personalidade que independe do efeito do tempo sobre o contexto fático em que inseridos.

O contexto fático tem sido preservado.

Tampouco, por fim, a passagem do tempo induz ao surgimento de um dever social de perdão. Nenhuma lei pode estipular obrigações afetivas ou cognitivas. Ninguém, assim, é obrigado a se desfazer de seu direito à informação para permitir a terceiros uma vida livre do conhecimento de seus erros passados.

(...)

Eventualmente, destaco, o perdão, a compaixão e mesmo o exame de consciência podem conduzir a uma conduta de esquecimento de fatos passados ou ao reconhecimento do valor atual do indivíduo. Mas essa percepção, conquanto possa ser estimulada pela lei, não pode ser imposta à custa da proibição de veiculação de notícias (lícitas) em que conste a descrição do passado

(...)

Demonstrado, desse modo, que os direitos fundamentais de personalidade encontram guarida constitucional e legal que não depende, em qualquer medida, do direito ao esquecimento nem a esse se associa, importa considerar o espaço de proteção normativa conferida aos dados pessoais na rede.

V. ***Violação ao direito constitucional da liberdade de expressão***

(...)

A liberdade de expressão é um dos grandes legados da Carta Cidadã, resoluta que foi em romper definitivamente com um capítulo triste de nossa história em que esse direito – dentre tantos outros – foi duramente sonegado ao cidadão. Graças a esse ambiente pleno de liberdade, temos assistido ao contínuo avanço das instituições democráticas do país. Por tudo isso, a liberdade e os direitos dela decorrentes devem ser defendidos e reafirmados firmemente.

Nesse cenário, também assume relevância o direito à informação, pois é a partir dela que o cidadão reúne elementos para a formação de opinião e ideias. Não por outra razão, a Constituição Federal de 1988, de conteúdo fortemente democrático, em diversos momentos refere-se à liberdade de expressão, bem como à liberdade de informação.

(...)

Nesse quadro, nota-se que um dos aspectos centrais do direito fundamental à liberdade de expressão – aspecto esse que deve ser reforçado tanto mais democrática for dada sociedade – é, que, como regra geral, não são admitidas restrições prévias ao exercício dessa liberdade.

É certo, no entanto, que a liberdade de expressão deve ser exercida em harmonia com os demais direitos e valores constitucionais.

Parafraseando o célebre juiz Oliver Wendell Holmes, grande defensor da liberdade de expressão, o direito à manifestação do pensamento pode ceder nos casos que impliquem perigo evidente e atual capaz de produzir males gravíssimos.

E em que situações se identificaria esse perigo? A meu ver, a manifestação do pensamento, por mais relevante que seja, não deve respaldar a alimentação do ódio, da intolerância e da desinformação.

Essas situações representam o exercício abusivo desse direito, por atentarem sobretudo contra o princípio democrático, que compreende o equilíbrio dinâmico entre as opiniões contrárias, o pluralismo, o respeito às diferenças e a tolerância.

Questiona-se, então, se a manifestação do pensamento (inclusive em âmbito digital) pode ser restringida se dela decorrer a divulgação de fatos da vida de um indivíduo que lhe causem profundo desgosto ou de dados que ele não deseje ver acessados.

Ao questionamento respondo me valendo de definição de autoria do Ministro Edson Fachin, em tudo pertinente ao caso e que sintetiza a primazia da liberdade de expressão, ao conceituá-la no sentido de que "representa tanto o direito de não ser arbitrariamente privado ou impedido de manifestar seu próprio pensamento quanto o direito coletivo de receber informações e de conhecer a expressão do pensamento alheio" (ADI n. 2.566, Rel. p/ o ac. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe de 23/10/18).

A liberdade de expressão protege não apenas aquele que comunica, mas também a todos os que podem dele receber informações ou com ele partilhar os pensamentos.

A ponderação, assim, na pretensão ao direito ao esquecimento não se faz apenas entre o interesse do comunicante, de um lado, e o do indivíduo que pretende ver tornados privados dados ou fatos de sua vida, de outro. Envolve toda a coletividade, que poderá ser privada de conhecer os fatos em toda a sua amplitude.

Embora a pretensão inserta no direito ao esquecimento não corresponda ao intuito de propalar uma notícia falsa, ao pretender o ocultamento de elementos pessoais constantes de informações verdadeiras em publicações lícitas, ela finda por conduzir notícias fidedignas à incompletude, privando seus destinatários de conhecer, na integralidade, os elementos do contexto informado.

VI. ***O necessário diálogo constitucional***

(...)

Os valores em exame (liberdade de expressão e privacidade/proteção de dados) são especialmente caros à ordem jurídica, especialmente na sociedade de informação, e requerem sempre a concordância prática de seus comandos.

Mas é preciso conhecer os critérios de precedência nessa ponderação.

(...)

No mesmo sentido, o Ministro Roberto Barroso fez questão de destacar que "a liberdade de expressão, na democracia brasileira, deve ser tratada como uma liberdade preferencial", o que, esclareceu, "não significa hierarquizá-la em relação a outros direitos fundamentais". E acrescentou:

"*[D]izer-se que a liberdade de expressão é um direito ou uma liberdade preferencial significa, em primeiro lugar e acima de tudo, uma transferência de ônus argumentativo. Quem desejar afastar a liberdade de expressão é que tem que ser capaz de demonstrar as suas razões, porque, prima facie, em princípio, é ela, a liberdade de expressão, que deve prevalecer*"

(...)

Tanto quanto possível, portanto, deve-se priorizar: o complemento da informação, em vez de sua exclusão; a retificação de um dado, em vez de sua ocultação; o direito de resposta, em lugar da proibição ao posicionamento; o impulso ao desenvolvimento moral da sociedade, em substituição ao fomento às neblinas históricas ou sociais. Máxime em sistemas jurídicos com acanhada tradição democrática, essa ordem de precedência deve ser observada.

(...)

A preocupação constante da declaração sintetiza o que ao longo deste voto fiz consignar: ***a previsão ou aplicação de um direito ao esquecimento afronta a liberdade de expressão. A existência de um comando jurídico que eleja a passagem do tempo como restrição à divulgação de informação verdadeira, licitamente obtida e com adequado tratamento dos dados nela inseridos, precisa estar prevista em lei, de modo pontual, clarividente e sem anulação da liberdade de expressão***.

Não pode, ademais, ser fruto apenas de ponderação judicial.

Parece-me que admitir um direito ao esquecimento seria uma restrição excessiva e peremptória às liberdades de expressão e de manifestação de pensamento e ao direito que todo cidadão tem de se manter informado a respeito de fatos relevantes da história social.

Ademais, tal possibilidade equivaleria a atribuir, de forma absoluta e em abstrato, maior peso aos direitos à imagem e à vida privada, em detrimento da liberdade de expressão, compreensão que não se compatibiliza com a ideia de unidade da Constituição.

(...)

Entendo, assim, que o ordenamento jurídico brasileiro está repleto de previsões constitucionais e legais voltadas à proteção da personalidade, aí inserida a proteção aos dados pessoais, com repertório jurídico suficiente a que essa norma fundamental se efetive em consagração à dignidade humana.

Em todas essas situações legalmente definidas, é cabível a restrição, em alguma medida, à liberdade de expressão, sempre que afetados outros direitos fundamentais, mas não como decorrência de um pretenso e prévio direito de ver dissociados fatos ou dados por alegada descontextualização das informações em que inseridos, por força da passagem do tempo.

Não há dúvidas de que é preciso buscar a proteção dos direitos da personalidade pela via da responsabilização diante do abuso no exercício da liberdade de expressão e pela ampliação da segurança na coleta e no tratamento dos dados, a fim de se evitarem os acessos ilegais, as condutas abusivas e a concentração do poder informacional.

Mas não se protegem informações e dados pessoais com obscurantismo.

*VII - **Proposta de tese***

"*É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais*.

Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível"

Conforme destaquei ao longo deste voto, não reputo existente no ordenamento jurídico brasileiro proteção constitucional ao direito ao esquecimento.

Desse modo, tenho que se afigura ilegítima a invocação pelos recorrentes de suposto direito ao esquecimento para obstar a divulgação dos fatos que, embora constituam uma tragédia familiar, infelizmente, são verídicos, compõem o rol dos casos notórios de violência na sociedade brasileira e foram licitamente obtidos à época de sua ocorrência, não tendo o decurso do tempo, por si só, tornado ilícita ou abusiva sua (re) divulgação – ainda que sob nova roupagem jornalística –, sob pena de se restringir, desarrazoadamente, o exercício pela ora recorrida do direito à liberdade de expressão, de informação e de imprensa.

De outra perspectiva, dissociada da pretensão de esquecimento, também não vislumbro abuso na forma adotada para a comunicação.

Como salientei ao longo deste voto, tenho que a veracidade da informação e a licitude da obtenção e do tratamento dos dados pessoais importam

> significativamente na análise da legalidade de sua utilização. E, no caso concreto, os fatos narrados no programa, lamentavelmente, são verídicos, sendo as imagens reais usadas na exibição fruto de obtenção legítima pela recorrida ao tempo dos acontecimentos.
>
> (...)
>
> *Ademais, todos os crimes são de interesse da sociedade, mas há aqueles em que, por seu contexto de brutalidade, tornam-se objeto de documentação social e jornalística, sendo sua descrição e seus contornos alvo de farto registro. Tais registros (em fotos, livros, reportagens da época e testemunhos) não são, em princípio, violadores da honra ou da imagem dos envolvidos, mesmo no que toca à vítima.*
>
> *Eventual lucro, ademais, na divulgação dos fatos não deve ser entendido, por si, como violador dos direitos de personalidade. Essa é a atividade comercial precípua da recorrida, e a obtenção de recursos por meio dela não é, em si, condenável, nem lhe impõe ordem de indenização, pois, nos termos do art. 188, I, do CC/02, "não constituem atos ilícitos os praticados (…) no exercício regular de um direito reconhecido".*
>
> (...)
>
> Ante o exposto, voto pelo não provimento do recurso extraordinário e pelo indeferimento do pedido de reparação de danos formulado contra a recorrida.

5. Com base na transcrição acima destacada e, principalmente, na leitura da tese que sintetiza o julgamento do Supremo Tribunal, percebe-se, de maneira clara, que *as conclusões daquela Corte resultaram na identificação de duas situações distintas, tendo sido previstas para cada qual, naturalmente, soluções diferenciadas para o aparente conflito entre os valores e os direitos que gravitam a questão*.

5.1. Com efeito, após detido estudo e vigoroso debate acerca da matéria, o Tribunal constitucional concluiu pela ilegitimidade da invocação de um suposto direito ao esquecimento, com o objetivo de "obstar a divulgação dos fatos que, embora constituam uma tragédia familiar, infelizmente, são verídicos, compõem o rol dos casos notórios de violência na sociedade brasileira e foram licitamente obtidos à época de sua ocorrência, não tendo o decurso do tempo, por si só, tornado ilícita ou abusiva sua (re) divulgação – ainda que sob nova roupagem jornalística –, sob pena de se restringir, desarrazoadamente, o exercício pela ora recorrida do direito à liberdade de expressão, de informação e de imprensa".

Noutras palavras, em um primeiro momento, o STF concluiu que o ordenamento jurídico brasileiro não alberga a pretensão de determinado sujeito de impedir a divulgação de fatos verídicos dos quais tenha sido protagonista ou com os quais tenha relação íntima, que sejam de relevância social, pelo

simples argumento de que aquela divulgação lhe é desfavorável, causa-lhe descontentamento ou não lhe é conveniente e além de ter transcorrido relevante intervalo de tempo.

Para essas situações, enfatizou o preclaro relator, Ministro Dias Toffoli e os votos de peso que o seguiram em entendimento que o direito à informação e a liberdade de imprensa assumem posição preponderante em relação à intimidade, à imagem, à vida privada.

Por oportuno, deve ser destacado que, mesmo diante da conclusão posta, o cuidadoso e sensível Ministro Relator não deixou de asseverar: "Há que se ter, por certo, um adicional cuidado no exame do resguardo dos direitos da personalidade das vítimas de crimes (e, nesse ponto, incluo seus familiares, tão duramente atingidos pelas consequências do delito), sobretudo no que tange aos crimes bárbaros que ainda assolam nossa sociedade".

Essa a primeira situação destacada na Tese (Tema n. 786) de repercussão geral.

5.2. Em outra perspectiva, ainda que o eminente Relator tenha-se dissociado da pretensão de um direito autônomo ao esquecimento, ficou estabelecida, na segunda parte da tese fixada, orientação de idêntico valor vinculante, por óbvio, no sentido de que *a forma adotada para a comunicação de determinados fatos, mesmo os de relevante valor social e interesse público, assim como a "veracidade da informação e a licitude da obtenção e do tratamento dos dados pessoais importam significativamente na análise da legalidade de sua utilização". Nesse passo, a depender das nuances da hipótese concreta, podem evidenciar o exercício leviano, porque abusivo, dos direitos de informação, expressão e liberdade de imprensa; e, se assim forem reconhecidos e, nessa extensão, violarem direitos da personalidade, o controle dessa violação será imperativo, destacadamente, caso a caso*.

Referida constatação foi muito bem sintetizada em passagem do voto apresentado pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes que, em conclusão, é transcrita (pp. 138 e 139):

> Independentemente - e logicamente para vítima, familiares, sempre é muito triste e trágico - da gravidade da situação ou do sofrimento causado ou mesmo do lapso temporal transcorrido, desde que - repito, aquele substrato que disse que seria possível retirar de todos esses julgados - os fatos pretéritos tenham sido narrados no presente de maneira séria, lícita, objetiva, fidedigna e respeitosa, não é possível apagá-los como se nunca tivessem existido.

> *Todos esses julgamentos têm algo em comum, além da necessidade de compatibilidade interpretativa entre a liberdade de expressão, a dignidade da pessoa humana, a intimidade e privacidade; a exigência de análise específica – caso a caso – de eventuais abusos nas divulgações, da necessidade de atualização dos dados, da importância dos fatos, do desvio de finalidade ou na exploração ilícita das informações*.
>
> A solução para essa equação me parece ser a aplicação do binômio constitucional consagrado no artigo 5º da Constituição Federal em relação à liberdade de expressão: *Liberdade e Responsabilidade*
>
> (...)
>
> *O positivo, eu me manifesto, eu divulgo o que eu bem entender, só que com responsabilidade, sob pena de poder ser acionado cível e criminalmente*. Agora, não é possível, a Constituição não autoriza, no aspecto negativo, que o Estado, ilegitimamente, consagre uma intervenção prévia, uma censura prévia. O reconhecimento de um genérico, abstrato e amplo direito ao esquecimento configuraria, a meu ver, censura prévia.
>
> (...)
>
> O reconhecimento amplo e genérico do "direito ao esquecimento" traz presente o traço marcante da censura prévia, com seu caráter preventivo e abstrato, buscando interditar o conteúdo que se pretende futuramente expressar, atribuindo-lhe supostas repercussões adversas que justificariam a restrição, sem a análise caso a caso das circunstâncias e características próprias.

5.3. Em conclusão, a Suprema Corte, ao fixar a tese, esclareceu que o suposto direito ao esquecimento - entendido naquele julgado (a despeito da inconformidade deste conceito com o da doutrina) como a busca da proteção jurídica para impedir a divulgação de fatos ou dados verdadeiros licitamente obtidos, amparando-se na alegação, em essência, de que, pelo decurso do tempo, as informações de outrora não guardariam relevância jurídica, ao passo que sua ocultação (ou ocultação dos elementos pessoais dos envolvidos) melhor serviria aos propósitos constitucionais, sobretudo à proteção dos direitos da personalidade -, esse direito autônomo não seria compatível com a Constituição. Todavia, a segunda parte da tese deixa nítido que, a depender das nuances da hipótese concreta, ficando evidenciado o exercício leviano, porque abusivo, dos direitos de informação, expressão e liberdade de imprensa e, nessa extensão, assim reconhecidos, se eles violarem direitos da personalidade, o controle judicial dessa violação será imperativo, destacadamente, caso a caso.

6. Diante desse cenário, para cumprir com o adequado cotejo, indispensável à definição da necessidade de *retratação* dos termos do julgamento do recurso

especial ou da *ratificação* da solução alcançada, por unanimidade, por esta Quarta Turma, caso verificada a compatibilidade de entendimentos de ambas as Cortes, na forma do que dispõe expressamente o art. 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil, passo à reprodução de trechos do voto condutor capazes de sintetizar o que ficou assentado por este Superior Tribunal na ocasião daquela sessão de julgamento.

De pronto, *merece destaque o fato de esta Turma, ao delimitar a questão controvertida, não ter-se prendido a denominações e institutos, mas, de maneira acertada, a meu ver, preocupou-se com a circunscrição da questão jurídica que haveria de ser solucionada*. Veja-se, nesse sentido:

> *4.* Nesse passo - e já avançando para a questão de fundo -, *a controvérsia ora instalada nos presentes autos diz respeito a conhecido conflito de valores e direitos, todos acolhidos pelo mais alto diploma do ordenamento jurídico, mas que as transformações sociais, culturais e tecnológicas encarregaram-se de lhe atribuir também uma nova feição, confirmando a máxima segundo a qual o ser humano e a vida em sociedade são bem mais inventivos que o estático direito legislado*.
>
> *(...)*
>
> *Agora, uma vez mais, o conflito entre liberdade de informação e direitos da personalidade ganha a tônica da modernidade, analisado por outro prisma, desafiando o julgador a solucioná-lo a partir de nova realidade social, ancorada na informação massificada que, diariamente, se choca com a invocação de novos direitos, hauridos que sejam dos já conhecidos direitos à honra, à privacidade e à intimidade, todos eles, por sua vez, resultantes da proteção constitucional conferida à dignidade da pessoa humana*.
>
> *Nos presentes autos, o cerne da controvérsia transita exatamente na ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, a qual, segundo o entendimento do autor, reabriu antigas feridas já superadas e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole, circunstância que lhe teria causado abalo cuja reparação ora se pleiteia*.

Na sequência, no que de perto interessa, passou-se à análise das circunstâncias, a fim de encontrar-lhes solução jurídica adequada:

> *Portanto, a seguir, analisa-se a possível adequação (ou inadequação) do mencionado direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva*, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para *internet*, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações.

(...)

Porém, sem nenhuma dúvida, mais grave que a venda ou a entrega graciosa da privacidade à arena pública, como uma nova mercadoria para o consumo da coletividade, é sua expropriação contra a vontade do titular do direito, por vezes um anônimo que pretende assim permanecer.

(...)

Portanto, diante dessas preocupantes constatações acerca do talvez inevitável - mas ***Admirável - Mundo Novo*** **do** ***hiperinformacionismo****, o momento é de novas e necessárias reflexões, das quais podem mesmo advir novos direitos ou novas perspectivas sobre velhos direitos revisitados*.

8. Outro aspecto a ser analisado é a aventada censura à liberdade de imprensa.

(...)

O novo cenário jurídico subjacente à atividade da imprensa apoia-se no fato de que a Constituição Federal, ao proclamar a liberdade de informação e de manifestação do pensamento, assim o faz traçando as diretrizes principiológicas de acordo com as quais essa liberdade será exercida, reafirmando, assim como a doutrina sempre afirmou, que os direitos e garantias protegidos pela Constituição, em regra, não são absolutos.

Desse modo, depois de a Carta da República afirmar, no seu art. 220, que "[a] manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição", logo cuida de explicitar alguns princípios norteadores dessa liberdade, como a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 220, § 1º). Na mesma direção, como que o § 3º do art. 222, em alguma medida, dirigisse o exercício de tal liberdade, afirma-se que "[os] meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221", princípios dos quais se destaca o "respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família" (inciso IV).

(...)

Vale dizer, o cenário protetivo da atividade informativa que atualmente é extraído diretamente da Constituição converge para a liberdade de "expressão, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" (art. 5º, inciso IX), mas também para a inviolabilidade da "intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (art. 5º, inciso X).

Nesse passo, a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 88, parece sinalizar que, *no conflito aparente entre esses bens* jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma *inclinação ou*

predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, ***embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto***.

(...)

A cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana garante que o homem seja tratado como sujeito cujo valor supera ao de todas as coisas criadas por ele próprio, como o mercado, a imprensa e até mesmo o Estado, edificando um núcleo intangível de proteção oponível erga omnes, *circunstância que legitima, em uma ponderação de valores constitucionalmente protegidos, sempre em vista os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, que algum sacrifício possa ser suportado, caso a caso, pelos titulares de outros bens e direitos*.

(...)

Com efeito, no conflito entre a liberdade de informação e direitos da personalidade - aos quais subjaz a proteção legal e constitucional da pessoa humana -, ***eventual prevalência pelos segundos, após realizada a necessária ponderação para o caso concreto****, encontra amparo no ordenamento jurídico, não consubstanciando, em si, a apontada censura vedada pela Constituição Federal de 1988*.

(...)

9.1. Não há dúvida de que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar, para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época.

Assim, um crime, como qualquer fato social, pode entrar para os arquivos da história de uma sociedade e deve ser lembrado por gerações futuras por inúmeras razões. É que a notícia de um delito, o registro de um acontecimento político, de costumes sociais ou até mesmo de fatos cotidianos (sobre trages de banho, por exemplo), quando unidos, constituem um recorte, um retrato de determinado momento e revelam as características de um povo na época retratada.

Nessa linha de raciocínio, a recordação de crimes passados pode significar uma análise de como a sociedade - e o próprio ser humano - evolui ou regride, especialmente no que concerne ao respeito por valores éticos e humanos, assim também qual foi a resposta dos aparelhos judiciais ao fato, revelando, de certo modo, para onde está caminhando a humanidade e a criminologia.

(...)

O que se espera é mesmo que as futuras gerações, por intermédio do registro histórico de crimes presentes e passados, experimentem idêntico sentimento de evolução cultural, quando, na posteridade, se falar em Chacina da Candelária, Chacina do Carandiru, Massacre de Realengo, Doroty Stang, Galdino Jesus dos Santos (Índio Galdino-Pataxó), Chico Mendes, Zuzu Angel, Honestino Guimarães ou Vladimir Herzog.

(...)

A historicidade da notícia jornalística, todavia, em se tratando de jornalismo policial, há de ser vista com cautela por razões bem conhecidas por todos.

Há, de fato, crimes históricos e criminosos famosos, mas também há crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, obra da exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do "bandido" *vs*. "cidadão de bem". No ponto, faz-se necessário desmistificar a postura da imprensa no noticiário criminal, a qual - muito embora seja uma instituição depositária de caríssimos valores democráticos - não é movida por um desinteressado compromisso social de combate ao crime.

(..)

Com efeito, a historicidade de determinados crimes por vezes é edificada à custa das mencionadas vicissitudes, e, por isso, penso que a historicidade do crime não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do fato – pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado.

(...)

Portanto, a questão da historicidade do crime, embora relevante para o desate de controvérsias como a dos autos, ***pode ser ponderada caso a caso****, devendo ser aferida também a possível artificiosidade da história criada na época*.

(...)

Por outro lado, dizer que sempre e sempre o interesse público na divulgação de casos judiciais deve prevalecer sobre a privacidade ou intimidade dos envolvidos pode confrontar a própria letra da Constituição, que prevê solução exatamente contrária, ou seja, de sacrifício da publicidade (art. 5º, inciso LX):

(...)

A solução que harmoniza esses dois interesses em conflito é a preservação da pessoa, com a restrição à publicidade *do processo*, tornando pública apenas a resposta estatal aos conflitos a ele submetidos, dando-se publicidade da *sentença* ou do *julgamento*, nos termos do art. 155 do Código de Processo Civil e art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

10. Cabe agora enfrentar a tese de aplicação do direito ao esquecimento no direito brasileiro.

(...)

Em essência, o que se propõe aqui é, a um só tempo, reafirmar essa máxima, mas fazer acerca dela uma nova reflexão, que conduz à conclusão de que essa

assertiva, na verdade, é de mão única, e a recíproca não é verdadeira. *Embora a notícia inverídica seja um obstáculo à liberdade de informação, a veracidade da notícia não confere a ela inquestionável licitude, muito menos transforma a liberdade de imprensa em um direito absoluto e ilimitado*.

Nesse ponto, a verossimilhança da informação é apenas um, mas não o único, requisito interno do exercício da liberdade de imprensa.

(...)

Se é assim, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente.

(...)

Após essa vida útil da informação, seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias humanas.

Não se pode, pois, nesses casos, permitir a eternização da informação.

(...)

11. Voltando-me para o caso concreto, julgado na mesma assentada com o REsp n. 1.335.153/RJ, não tenho dúvida em manter o acórdão ora hostilizado.

A despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão – um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional.

Nem a liberdade de imprensa seria tolhida nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito.

Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem mostrou-se fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado.

No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida "vergonha" nacional à parte.

(...)

> Deveras, os valores sociais ora cultuados conduzem a sociedade a uma percepção invertida dos fatos, o que gera também uma conclusão às avessas: antes de enxergar um inocente injustamente acusado, visualiza um culpado acidentalmente absolvido.

7. A partir das análises expostas, constata-se que o entendimento desta Casa sobre a questão controvertida destes autos *está em consonância com que apresentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 1.010.606/RJ*, levando, a meu juízo, à ***ratificação*** do acórdão proferido unanimemente por esta egrégia Turma.

Com efeito, cumpre registrar a indiscutível singularidade da questão em apreço, que se revela na natureza casuística das análises, singularidade refletida pela própria tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, que determina a realização do melhor direito, caso a caso, pelos julgadores competentes.

Assim, não bastasse a literalidade da segunda parte da tese apresentada (Tema n. 786/STF), percebe-se que os pressupostos que alicerçaram o entendimento do Supremo Tribunal Federal são absolutamente coincidentes com aqueles nos quais se estruturou a decisão tomada no recurso especial aqui decidido, justificando-se, como dito, a confirmação do julgado proferido por este colegiado.

Aliás, faz-se mister ressaltar que a coincidência das premissas consideradas por ambas as Casas de Justiça evidencia-se no fato de que, no julgamento do REsp n. 1.335.153/RJ, caso "Aída Curi", exatamente o que serviu de paradigma para a fixação da Tese no Tema 786, este Superior Tribunal alcançou, quando da realização da subsunção dos legítimos pressupostos no caso concreto, a mesma solução encontrada pela Suprema Corte, não reconhecendo, naquela hipótese, na verificação dos valores e direitos em aparente conflito, violação de direitos da personalidade ou abuso de exercício dos direitos de informação e expressão. Assim como a Suprema Corte, naquele caso não houve acolhimento da tese indenizatória.

É que, da mesma forma, no caso em exame, não há falar-se em retratação, uma vez que, *conforme análise pormenorizada dos fatos e julgamento desta Turma, constatou-se exatamente a situação abusiva referida pelo Supremo, situação para a qual aquele Tribunal determinou: em sendo constatado o excesso na divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais, proceda o julgador competente ao estancamento da violação, com base nas legítimas formas previstas pelo ordenamento*.

O excesso e o ataque aos direitos fundamentais do autor vieram bem sintetizados nesta parte do voto condutor: "*No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida 'vergonha' nacional à parte*".

Ou seja, mesmo tendo sido absolvido de forma unânime pelo Tribunal do Júri e depois de ter passado por uma verdadeira *via crucis* para se restabelecer, o autor, apesar de advertir a emissora da gravidade da situação, ainda assim foi novamente envolvido como um dos possíveis autores do bárbaro crime da "chacina da Candelária" e foi assim retratado no programa.

Foi então mantida a indenização de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), como reparação pelo dano moral, o que penso ser acertado.

8. Por fim, ressalto, pela indiscutível relevância, que pontos específicos dessa "grande questão", tais como os anunciados pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 12.695/2014), não se apresentaram a esta Corte para a devida interpretação das situações que, em torno deles, por certo, se desenvolverão.

Nessa linha, destaco, a título exemplificativo, a previsão do direito à eliminação dos dados, independentemente de seu tratamento ter sido precedido do consentimento do titular (art. 18, VI) e ainda que condicionada à ordem judicial, capaz de tornar indisponível conteúdo considerado infringente de direitos da personalidade (art. 19).

É certo que a preocupação dos dispositivos citados é a garantia da *autodeterminação informacional*, consistente no direito pessoal de determinar que dado pessoal será divulgado, para quem e com qual propósito. Nessa esteira, é intuitivo prever a potencialidade de aquele direito, basilar no regime de proteção de dados pessoais brasileiro e, igualmente, no regime europeu, contundir-se com direitos nobres, tais como as liberdades de comunicação (expressão, informação, imprensa e radiodifusão), constitucionalmente protegidas, como reiteradamente afirmado.

Dveras, institutos tais como a autodeterminação informacional e a correlata prerrogativa de eliminação de dados merecerão das Cortes de Justiça análise comprometida e direcionada dos desdobramentos de sua interação com os já consolidados contornos do ordenamento jurídico pátrio.

9. Ante o exposto, voto no sentido de se *ratificarem* os termos do julgamento do recurso especial proferido pela colenda Quarta Turma, mantendo a negativa

de provimento ao recurso, porquanto os fundamentos ali adotados encontram-se em consonância com a segunda parte da tese vinculante da Suprema Corte.

É o voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Relembro o caso reportando-me ao bem lançado relatório do eminente *Ministro Luis Felipe Salomão*, com destaques aqui negritados:

> 1. *Jurandir Gomes de França*, ora recorrido, ajuizou **ação de reparação de danos morais** em face de *Globo Comunicações e Participações S.A.*, ora recorrente, aduzindo que a ré o procurou com o intuito de **entrevistá-lo em programa televisivo (Linha Direta - Justiça)**, que teria como **tema evento trágico ocorrido na cidade do Rio de Janeiro, consistente em uma série de homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993, evento mundialmente conhecido como Chacina da Candelária**. O autor teria sido **um dos indiciados como coautor/partícipe do crime, mas, após julgamento pelo Tribunal do Júri, fora absolvido por negativa de autoria**, pela unanimidade dos membros do Conselho de Sentença. Na ocasião, afirmou que teria **recusado a entrevista** e mencionado o desinteresse em **ter sua imagem exposta em rede nacional**. **Em junho do ano de 2006, o programa foi ao ar, com referência ao autor** como um dos envolvidos no evento chacina.
>
> Entendeu o ora recorrido que **a transmissão levou a público situação que já havia superado, reacendendo na comunidade onde reside a imagem de chacinador e o ódio social, ferindo, assim, seu direito à paz, anonimato e privacidade, com prejuízos diretos também a seus familiares**.
>
> Salientou que **a exposição de sua imagem e nome no mencionado programa foi ilícita e causou-lhe intenso abalo moral**. Nessa extensão, pleiteou indenização no valor de 300 (trezentos) salários mínimos.
>
> O juízo de piso, **sopesando, de um lado, o interesse público da notícia** acerca de "evento traumático da história nacional" e que repercutiu "de forma desastrosa na imagem do país junto à comunidade internacional", **e, de outro, o "direito ao anonimato e ao esquecimento" do autor**, entendeu por bem mitigar o segundo, julgando **improcedente o pedido** indenizatório (fls. 130-137).
>
> Em **apelação, a sentença foi reformada, por maioria**, nos termos da seguinte ementa (fls. 195-196):
>
> > Apelação. Autor que, acusado de envolvimento na Chacina da Candelária, vem a ser absolvido pelo Tribunal do Júri por unanimidade.

> Posterior veiculação do episódio, contra sua vontade expressa, no programa Linha Direta, que declinou seu nome verdadeiro e reacendeu na comunidade em que vivia o autor o interesse e a desconfiança de todos. **Conflito de valores constitucionais. Direito de Informar e Direito de Ser Esquecido, derivado da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal**.
>
> I - O **dever de informar**, consagrado no **art. 220 da Carta de 1988**, faz-se no interesse do cidadão e do país, em particular para a formação da identidade cultural deste último.
>
> - Constituindo os episódios históricos patrimônio de um povo, **reconhece-se à imprensa o direito/dever de recontá-los indefinidamente**, bem como rediscuti-los, em diálogo com a sociedade civil.
>
> - Do **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**, e do **direito** que tem todo cidadão de alcançar **a felicidade**, **restringe-se a informação, contudo, no que toca àqueles que, antes anônimos, foram absolvidos em processos criminais e retornaram ao esquecimento**.
>
> - Por isto, se o autor, antes réu, viu-se envolvido em caráter meramente lateral e acessório, em processo do qual foi absolvido, e se após este voltou ao anonimato, e ainda **sendo possível contar a estória da Chacina da Candelária sem a menção de seu nome, constitui abuso do direito de informar e violação da imagem do cidadão a edição de programa jornalístico contra a vontade expressamente manifestada de quem deseja prosseguir no esquecimento**.
>
> - **Precedentes dos tribunais estrangeiros**. Recurso ao qual se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de R$ 50.000,00 a título de indenização.

Opostos **embargos infringentes, também por maioria, foram rejeitados**, nos termos da seguinte ementa (fls. 297-299):

> Embargos Infringentes. Indenizatória. Matéria televisivo-jornalística: "chacina da Candelária". Pessoa acusada de participação no hediondo crime e, alfim, inocentada. Uso inconsentido de sua imagem e nome. **Conflito aparente entre princípios fundamentais de Direito: Informação "vs" Vida Privada, Intimidade e Imagem. Direito ao esquecimento e direito de ser deixado em paz: sua aplicação**. Proteção da identidade e imagem de pessoa não-pública. Dados dispensáveis à boa qualidade jornalística da reportagem. **Dano moral e dano à imagem: distinção e autonomia relativa**. Indenização. Quantificação: critérios.
>
> Trata-se de ação indenizatória por dano moral e à imagem, fundada não em publicação caluniosa ou imprecisa, mas no só revolver de fatos

pretéritos que impactaram drasticamente a esfera da vida privada do autor - acusado que fora, injustamente, de participação na autoria de crime de inglória lembrança, a "chacina da Candelária".

Por isto mesmo, **não aproveita à ré a alegação de cuidado com a verdade dos fatos e sua não distorção - alegação que, conquanto veraz, não guarda relação com a causa de pedir**.

Conquanto inegável seja **o interesse público na discussão aberta de fatos históricos pertencentes à memória coletiva, e de todos os pormenores a ele relacionados, é por outro lado contestável a necessidade de revelarem-se nome completo e imagem de pessoa envolvida, involuntariamente, em episódio tão funesto, se esses dados já não mais constituem novidade jornalística nem acrescem substância ao teor da matéria** vocacionada a revisitar fatos ocorridos há mais de década.

Não é leviano asseverar que, **atendido fosse o clamor do autor de não ter revelados o nome e a imagem, o distinto público não estaria menos bem informado sobre a Chacina da Candelária e o desarranjado inquérito policial que lhe sucedeu, formando uma vergonha nacional à parte**.

Recorre-se ao juízo de ponderação de valores para solver **conflito (aparente) de princípios de Direito**: no caso, o da livre informação, a proteger o interesse privado do veículo de comunicação voltado ao lucro, e o interesse público dos destinatários da notícia; e o da inviolabilidade da intimidade, da imagem e da vida privada.

A **desfiguração eletrônica da imagem do autor e o uso de um pseudônimo** (como se faz, em observância a nosso ordenamento, para **proteção de menores infratores**) consistiria em sacrifício mínimo à liberdade de expressão, em favor de um outro direito fundamental que, no caso concreto, merecia maior atenção e preponderância.

Das garantias fundamentais à intimidade e à vida privada, bem assim do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, extraíram a doutrina e a jurisprudência de diversos países, como uma sua derivação, o chamado "direito ao esquecimento", também chamado pelos norte-amercianos de "direito de ser deixado em paz".

Historicamente, a construção desses conceitos jurídicos fez-se a bem da ressocialização de autores de atos delituosos, sobretudo quando libertados ou em vias de o serem.

Se o direito ao esquecimento beneficia os que já pagaram por crimes que de fato cometeram, com maior razão se deve observá-lo em favor dos inocentes, involuntariamente tragados por um furacão de eventos nefastos para sua vida pessoal, e que não se convém revolver depois que, com esforço, a vítima logra reconstruir sua vida.

Analisado como sistema que é, nosso ordenamento jurídico, que protege o direito de ressocialização do apenado (art. 748 do CPP) e o direito do menor infrator (arts. 17 e 18 do ECA), decerto protegerá também, por analogia, a vida privada do inocente injustamente acusado pelo Estado.

O direito de imagem não se confunde com o direito à honra: para a violação daquele, basta o uso inconsentido da imagem, pouco importando se associada ou não a um conteúdo que a denigra.

Não sendo o autor pessoa pública, porque a revelação de sua imagem já não traz novidade jornalística alguma (pois longínqua a data dos fatos), o uso de sua imagem, a despeito da expressa resistência do titular, constitui violação de direito a todos oponível, violação essa que difere da ofensa moral (CF. art. 5º, V, da CF).

Tomando em linha de conta a **centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana**, a severidade dos danos decorrentes da exibição do programa televisivo na vida privada do autor (relançado na persona de "suspeito" entre as pessoas de sua convivência comunal), e o **conteúdo punitivo-pedagógico do instituto da indenização por dano moral**, a verba aparentemente exagerada de R$ 50.000,00 se torna adequada - tanto mais em se tratando do veículo de comunicação de maior audiência e, talvez, de maior porte econômico. Desprovimento do recurso.

Foi interposto **recurso especial** por *Globo Comunicações e Participações S.A.*, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, com alegação de ofensa aos **arts. 333, I, e 535 do CPC/1973 e arts. 186, 188, I, 927 e 944 do CC/2002**.

Nas razões do recurso, a recorrente afirmou a inexistência do dever de indenizar por **ausência de ilicitude**, uma vez que **a ideia do programa Linha Direta Justiça é comum no Brasil e no exterior, sendo natural a divulgação de casos criminais célebres de grande repercussão no passado**, por diversos meios de comunicação jornalísticos (livros, jornais, revistas, rádio, cinema e televisão).

Sustentou não ter havido invasão à privacidade/intimidade do autor, porque **os fatos noticiados já eram públicos e fartamente discutidos na sociedade, fazendo parte do acervo histórico do povo**.

Argumentou que o **programa jornalístico tinha a forma de documentário, sobre acontecimentos de relevante interesse público, tendo a emissora se limitado a narrar os fatos tais como ocorridos, sem dirigir nenhuma ofensa à pessoa do autor, ao contrário, deixando claro que teria sido inocentado**.

Defendeu ser **incabível o acolhimento de "um direito ao esquecimento ou o direito de ser deixado em paz"**, que sobrepujaria o **direito de informar da recorrente** e que não seria possível retratar a trágica história dos homicídios da Candelária sem mencionar o recorrido, porque se tornou, infelizmente, uma

peça chave do episódio e do conturbado inquérito policial. Assim, **a ocultação do recorrido ou dos demais inocentados pelo crime "seria o mesmo que deixar o programa jornalístico sem qualquer lógica, pois um dos mais relevantes aspectos que envolveram o crime foi justamente a conturbada e incompetente investigação** promovida pela polícia" (fl. 343).

Sintetizou que "**o simples fato da pessoa se relacionar com a notícia ou fato histórico de interesse coletivo é suficiente para mitigar seu direito à intimidade, tornando lícita a divulgação de seu nome e de sua imagem independentemente de autorização**". Pleiteou, subsidiariamente, o reconhecimento de inexistência de dano moral ou a exorbitância da indenização.

Julgado o recurso especial, esta colenda Turma, por unanimidade, a ele **negou provimento**, nos termos da ementa que segue abaixo (fls. 583-587):

> Recurso especial. **Direito Civil-Constitucional. Liberdade de imprensa vs. direitos da personalidade. Litígio de solução transversal**. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Documentário exibido em rede nacional. Linha Direta Justiça. Sequência de homicídios conhecida como Chacina da Candelária. **Reportagem que reacende o tema treze anos depois do fato. Veiculação inconsentida de nome e imagem de indiciado nos crimes**. Absolvição posterior por negativa de autoria. **Direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena e dos absolvidos. Acolhimento**. Decorrência da **proteção legal e constitucional da dignidade da pessoa humana e das limitações positivadas à atividade informativa**. Presunção legal e constitucional de ressocialização da pessoa. Ponderação de valores. Precedentes de direito comparado.
>
> I. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.
>
> II. N**os presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados**, que **reabriu antigas feridas** já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. **O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado**.
>
> III. No caso, **o julgamento restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro**, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto

para internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados nações.

IV. Um dos danos colaterais da "modernidade líquida" tem sido a progressiva eliminação da "divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do 'privado' e do 'público' no que se refere à vida humana", de modo que, na atual sociedade da hiperinformação, parecem evidentes os "riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira" (BAUMAN, Zygmunt. Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, pp. 111-113). Diante dessas preocupantes constatações, o momento é de novas e necessárias reflexões, das quais podem mesmo advir novos direitos ou novas perspectivas sobre velhos direitos revisitados.

V. Há um estreito e indissolúvel vínculo entre a liberdade de imprensa e todo e qualquer Estado de Direito que pretenda se autoafirmar como Democrático. Uma imprensa livre galvaniza contínua e diariamente os pilares da democracia, que, em boa verdade, é projeto para sempre inacabado e que nunca atingirá um ápice de otimização a partir do qual nada se terá a agregar. Esse processo interminável, do qual não se pode descurar - nem o povo, nem as instituições democráticas -, encontra na imprensa livre um vital combustível para sua sobrevivência, e bem por isso que a mínima cogitação em torno de alguma limitação da imprensa traz naturalmente consigo reminiscências de um passado sombrio de descontinuidade democrática.

VI. Não obstante o cenário de perseguição e tolhimento pelo qual passou a imprensa brasileira em décadas pretéritas, e a par de sua inegável virtude histórica, a mídia do século XXI deve fincar a legitimação de sua liberdade em valores atuais, próprios e decorrentes diretamente da importância e nobreza da atividade. Os antigos fantasmas da liberdade de imprensa, embora deles não se possa esquecer jamais, atualmente, não autorizam a atuação informativa desprendida de regras e princípios a todos impostos.

VII. Assim, **a liberdade de imprensa há de ser analisada a partir de dois paradigmas jurídicos** bem distantes um do outro. O primeiro, de completo menosprezo tanto da dignidade da pessoa humana quanto da liberdade de imprensa; e o segundo, o atual, de dupla tutela constitucional de ambos os valores.

VIII. Nesse passo, **a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade,**

honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 1988, parece sinalizar que, **no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana**, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto. Essa constatação se mostra consentânea com o fato de que, a despeito de **a informação livre de censura ter sido inserida no seleto grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua vocação antropocêntrica no momento em que gravou, já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como - mais que um direito - um fundamento da República, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos posteriormente reconhecidos. Exegese dos arts. 11, 20 e 21 do Código Civil de 2002**. Aplicação da **filosofia kantiana, base da teoria da dignidade da pessoa humana**, segundo a qual o ser humano tem um valor em si que supera o das "coisas humanas".

IX. Não há dúvida de que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar, para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época. Todavia, a historicidade da notícia jornalística, em se tratando de jornalismo policial, há de ser vista com cautela. **Há, de fato, crimes históricos e criminosos famosos; mas também há crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, obra da exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do "bandido" vs. "cidadão de bem"**.

X. É que a **historicidade de determinados crimes** por vezes é edificada à custa de vários **desvios de legalidade**, por isso não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, **a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo - a pretexto da historicidade do fato - pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado**. Por isso, nesses casos, **o reconhecimento do "direito ao esquecimento" pode significar um corretivo** - tardio, mas possível - das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia.

XI. É evidente o legítimo interesse público em que seja dada publicidade da resposta estatal ao fenômeno criminal. Não obstante, é imperioso também ressaltar que o interesse público - além de ser conceito de

significação fluida - não coincide com o interesse do público, que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praceamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada.

XII. Assim como é acolhido no direito estrangeiro, **é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno**, com base não só na **principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana**, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional. **A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica**. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, **mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar. Precedentes de direito comparado**.

XIII. Nesse passo, **o Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por institutos bem conhecidos de todos**: prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, prazo máximo para que o nome de inadimplentes figure em cadastros restritivos de crédito, reabilitação penal e o direito ao sigilo quanto à folha de antecedentes daqueles que já cumpriram pena (art. 93 do Código Penal, art. 748 do Código de Processo Penal e art. 202 da Lei de Execuções Penais). Doutrina e precedentes.

XIV. Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da folha de antecedentes, assim também a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, **conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos**.

XV. Ao crime, por si só, subjaz um natural interesse público, caso contrário nem seria crime, e eventuais violações de direito resolver-se-iam nos domínios da responsabilidade civil. E esse interesse público, que é, em alguma medida, satisfeito pela publicidade do processo penal, finca raízes essencialmente na fiscalização social da resposta estatal que será dada ao fato. Se é assim, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente. **E é nesse interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Após essa vida útil da informação seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias humanas**.

XVI. Com efeito, **o reconhecimento do direito ao esquecimento** dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que

foram absolvidos em processo criminal, **além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória - que é a conexão do presente com o passado - e a esperança - que é o vínculo do futuro com o presente -, fez clara opção pela segunda**. E é **por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza**, pois afirma-se, na verdade, como um **direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana**.

XVII. **Ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos** - historicidade essa que deve ser analisada em concreto -, cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo, desde que a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável.

XVIII. No caso concreto, a despeito de **a Chacina da Candelária ter se tornado** - com muita razão - **um fato histórico**, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se **símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco**, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito.

XIX. Muito embora tenham **as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem se mostrou fidedigna com a realidade**, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado. No caso, **permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade**, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida "vergonha" nacional à parte.

XX. Condenação mantida em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por não se mostrar exorbitante.

XXI. Recurso especial não provido.

Em face do acórdão acima destacado, *Globo Comunicações e Participações S.A.* interpôs **recurso extraordinário** (fls. 593-616), com alegação de ofensa aos arts. 5º, IV, V, IX, X e XIV, 220 e 221 da Constituição Federal.

Defendeu, em síntese, que, na hipótese, no conflito entre a liberdade de imprensa e o direto à privacidade do recorrido, a primeira deve prevalecer. Alegou que "**não deve ser garantido às pessoas que integram episódios criminosos de repercussão nacional ou internacional**, independentemente da sua posição nos fatos narrados, **o direito de esquecimento**, uma vez que a história da sociedade e o interesse público que a norteia, devem prevalecer ao direito de recolhimento do indivíduo" (fl. 605). Asseverou que "não é possível retirar do acusado a qualidade de pessoa pública que foi submetida a um julgamento histórico do país, atraindo em seu desfavor, data venia, o direito de ter sua imagem e nome explorados pelos meios de comunicação sempre que o interesse público exigir".

Inadmitido o recurso pela Vice-Presidência deste Superior Tribunal (fls. 633-638), a recorrente interpôs o pertinente **agravo** (fls. 642-656).

Analisado o agravo na Suprema Corte, o Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio Mello destacou que **o Plenário do Supremo Tribunal Federal, apreciando o ARE n. 833.248/RJ, posteriormente substituído pelo RE n. 1.010.606/RJ, ambos de relatoria do eminente Ministro Dias Toffoli, teria reconhecido a repercussão geral da questão constitucional** nele suscitada, **coincidente, em todos os seus aspectos, com a controvérsia jurídica versada na presente causa**. Determinou-se, assim, **a devolução dos autos a este Superior Tribunal (fls. 773-774), nos termos do art. 328 do RISTF**.

Após, com fundamento no art. 1.030, III, do CPC, foi determinado pela Presidência desta Casa o sobrestamento do recurso extraordinário, até a publicação da decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal acerca do Tema 786/STF da sistemática da repercussão geral (fls. 778-784).

Em despacho proferido em junho do corrente ano (fls. 791-798), **a VicePresidência deste Tribunal Superior encaminhou os autos a este relator, informando a conclusão do julgamento da questão aqui tratada pelo Supremo Tribunal Federal, para análise**, por este egrégio Colegiado, da conformação dos entendimentos externados.

Confira-se:

> **No RE n. 1.010.606/RJ, julgado sob o regime da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que "é incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais", acrescentando que "eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais** - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade

> e da personalidade em geral - e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível" (Tema 786/STF).
>
> (...)
>
> **Na espécie, compulsando-se os autos verifica-se que o entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça destoa, em princípio, do Tema 786/STF**.
>
> Ante o exposto, nos termos do art. 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil, encaminhem-se os autos à Turma para eventual juízo de retratação.

O douto *relator*, na sessão ocorrida em 3 agosto de 2021, votou no sentido de "***RATIFICAR os termos do julgamento do recurso especial*** *proferido pela colenda Quarta Turma, mantendo a negativa de provimento ao recurso,* ***porquanto os fundamentos ali adotados encontram-se em consonância com a segunda parte da tese vinculante da Suprema Corte***", mantendo a condenação da recorrente ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), sob os seguintes fundamentos:

> É que, da mesma forma, no caso em exame, não há se falar em retratação, uma vez que, no caso dos autos, conforme análise pormenorizada dos fatos e julgamento desta Turma, *constatou-se exatamente a situação abusiva referido pelo Supremo*, situação para qual aquele Tribunal determinou: *em sendo constatado o excesso na divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais, proceda-se o julgador competente ao estancamento da violação, a partir das legítimas formas previstas pelo ordenamento*.
>
> O excesso e o ataque aos direitos fundamentais do autor vieram bem sintetizados nesta parte do voto condutor: "*No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida "vergonha" nacional à parte.*".
>
> Ou seja, *mesmo tendo sido absolvido de forma unânime pelo Tribunal do Júri, e depois de ter passado por uma verdadeira "via crucis"* para se restabelecer, o autor, apesar de advertir a emissora diante da gravidade da situação, ainda assim *foi novamente envolvido como um dos possíveis autores do bárbaro crime da "chacina da Candelária" e foi assim retratado no programa*.

Pedi vista para um exame mais próximo do caso. Passo ao voto.

Trata a hipótese de pedido de reparação por danos morais, ajuizado por Jurandir Gomes de França em face de Globo Comunicações e Participações

S/A, em razão da veiculação do programa intitulado "Linha Direta Justiça", em junho de 2006, documentário jornalístico sobre o evento conhecido como "Chacina da Candelária", ocorrido em 23 de julho de 1993.

O eg. *Supremo Tribunal Federal*, no julgamento do *RE 1.010.606/RJ*, sob o regime da repercussão geral, Rel. Min. *Dias Toffoli*, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/2021 e publicado no DJe em 20/05/2021, fixou a seguinte **tese**:

> *É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso*, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível. (Tema 786/STF)

Consoante se extrai dos autos e das fartas transcrições *supra*, no julgamento do presente processo pela eg. Quarta Turma desta Corte Superior, na sessão do dia 28/05/2013, foi negado provimento, por unanimidade, ao recurso especial interposto por Globo Comunicações e Participações S/A, sob a motivação amplamente acima reproduzida e novamente decalcada abaixo, agora bem resumidamente:

> Com efeito, *o reconhecimento do direito ao esquecimento* dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, *confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda*.
>
> E é por essa ótica que *o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza*, pois afirma-se, na verdade, como um *direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana*.
>
> Voltando-me para o caso concreto, julgado na mesma assentada com o REsp n. 1.335.153/RJ, não tenho dúvida em manter o acórdão ora hostilizado.
>
> A despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão – *um fato histórico*, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se *símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional*.

> *Nem a liberdade de imprensa seria tolhida nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito*.
>
> *Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem mostrou-se fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado*.
>
> No caso, *permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade*, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida "vergonha" nacional à parte. (fl. 575)

Nessas condições, entendo que o julgado unânime desta Quarta Turma, tendo como *principal supedâneo o reconhecimento do chamado "direito ao esquecimento"* como *corolário do princípio da dignidade da pessoa humana*, sendo este fundamento do Estado Democrático de Direito consagrado no *art. 1º da Constituição da República*, está em franca dissonância com o entendimento do colendo *Supremo Tribunal Federal* firmando a *tese* de ser "***incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento***".

Recordo, fora também esse mesmo essencial reconhecimento do direito ao esquecimento, como direito fundamental supostamente positivado constitucionalmente, que embasara o v. acórdão do Tribunal de Justiça, o qual, por sua vez, reformara a sentença apelada, e veio a ser confirmado pela eg. Quarta Turma.

Com efeito, o il. Juízo de primeiro grau, ao julgar improcedente o pedido do autor, ora recorrido, não identificara "*qualquer abuso de direito*" perpetrado pela ora recorrente, consoante se colhe da conclusão da r. sentença:

> A pretensão do autor é fincada na existência de violação à sua intimidade e imagem em razão da publicação de um programa de televisão que relatou os eventos relacionados à trágica "Chacina da Candelária".
>
> 0 programa foi exibido em audiência, sendo que seus dados elementares foram apreendidos pelo magistrado.
>
> *Submetendo-o aos testes tirados da experiência norte-americana acima ventilados, é válido afirmar que não há como se extrair a actual malice da conduta do réu*, dado que ***os eventos narrados são verdadeiros***.
>
> No que diz com *o interesse público, resta evidente* a sua presença na matéria exibida, posto curar de *evento trágico da história nacional*, repercutindo de forma

> desastrosa na imagem do país junto à comunidade internacional. *Não há motivo em se lançar o manto do esquecimento sobre o ocorrido, seja quanto ao atrapalhado inquérito policial pirotécnico e mambembe que culminou com o indiciamento do autor ou quanto ao fato criminoso em si, já que ambos, em escala mais ou menos divulgada, continuam a ocorrer, ou seja, ainda existem inquéritos circenses e totalmente nulos e também homicídios em massa de pessoas carentes*. Para ao largo de uma imolação dos autores dos fatos criminosos, a simples apresentação dos fatos de forma *objetiva* pela ré responde à opinião pública mundial no que se refere à impunidade que assombra nosso país, cumprindo um papel de "prevenção geral indireta'".
>
> Em regra, *os programas da série "Linha Direta Justiça"* cuidam de apresentar os fatos *como noticiados à época*, colhendo depoimentos de pessoas envolvidas com a apuração, investigação e julgamento dos infratores, *o que não é ilícito*, eis que *o direito ao anonimato e ao esquecimento, em questões traumáticas à sociedade é mitigado*, já que é impossível contar a história sem os dados elementares.
>
> Na espécie, *saber que o autor foi indiciado de forma errônea, sofreu violações à sua condição humana e conseguiu se livrar da pena é essencial para a história de terror chamada "Chacina da Candelária", não havendo qualquer abuso de direito*.
>
> Dessarte, ausente qualquer prova que venha em seu socorro, dado que a publicação apresentada em nada manifesta o exercício irregular do direito/dever de informar, *não há que se falar em dever de reparar*. (fls. 136-137)

Cabe ressaltar que o autor, intimado para emendar a inicial e esclarecer "*objetivamente, se o programa levado ao ar pela ré imputou afirmação falsa e injuriosa ao autor, ou se a causa petendi da demanda consiste apenas na veiculação dos fatos ocorridos e das consequencias que daí resultaram*" (fl. 20), manifestou expressamente que "***a causa petendi da presente demanda consiste apenas da veiculação dos fatos ocorridos sem sua autorização, o que por consequência resultou-lhe em sua expulsão da comunidade onde morava***, *sendo inclusive ameaçado de morte*" (fl. 22).

O eg. Tribunal de origem, ao dar provimento à apelação do recorrido, *reconheceu o direito do autor ao esquecimento*, nos seguintes termos:

> Não há como negar, com efeito, que certos episódios históricos são, ao final, bem como seus participantes, insuscetíveis de serem esquecido. São fatos que se prendem à própria essência de um povo ou marcaram de forma indelével a história, que a seu turno há de ser recontada para formação da identidade cultural do país. Não há, por exemplo, como falar da história americana sem mencionar o assassinato de Kennedy em novembro de 1963 por um homem chamado Lee Oswald. Tampouco é razoável supor a impossibilidade de lançar no esquecimento as circunstâncias que levaram à morte de Euclides da Cunha e mais tarde de seu próprio filho. Como Capitu e Bentinho, são todas estas pessoas reféns de um momento em que saíram do anonimato e entraram na história.

> Todavia, contra esta regra devem ser erguidas necessárias barreiras de proteção ao cidadão. Assim, por exemplo, *não se justifica o retorno ao passado com a divulgação de nomes dos envolvidos se o réu foi absolvido e o episódio, embora marcante e hediondo, possa ser contado sem a revelação de sua presente identidade*. Porque ao lado do direito coletivo de conhecer os fatos do passado, *há também aquele inerente à dignidade da pessoa humana*, de não ter a existência sacrificada por um erro judiciário ou pela notoriedade que o episódio involuntariamente conquistou.
>
> Penso que esta seja a hipótese dos autos. O crime da Candelária teve os seus culpados e estes foram condenados. *Quem queira recontar a estória, que o faça preservando o anonimato daqueles que foram absolvidos. Estes têm o direito de serem esquecidos, nada justificando o sacrifício de sua própria vida, além da tomada daqueles anos durante os quais tramitou o processo*.
>
> Vem a calhar um trecho de **Carnelutti**, contido no seu "As Misérias do Processo Penal". Dizia a propósito o Professor italiano: "O homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras, como se dizia uma vez dos condenados oferecidos como alimento às feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão. *O artigo da Constituição, que se ilude de garantir a incolumidade do acusado, é praticamente inconciliável com aquele outro que sanciona a liberdade de imprensa*. Logo que surge o suspeito, o acusado, a sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, investigados, despidos na presença de todos. O indivíduo, assim, é feito em pedaços. *E o indivíduo, assim, relembremo-nos, é o único valor da civilização que deveria ser protegido*."
>
> Portanto, concluo que *a estória veiculada pela Rede Globo poderia sê-lo com a omissão do nome do autor e o emprego de pseudônimo*, sem que nenhum prejuízo adviesse para a substância da narrativa, reservando-se, assim, a privacidade de quem, absolvido, *exige o direito, derivado da dignidade da pessoa humana, de ser simplesmente esquecido*. (fls. 199-200)

No julgamento dos embargos infringentes opostos pela ora recorrente, o eg. Tribunal *a quo* consignou que a recorrente "*não faltou com a verdade ao narrar os fatos*", nem se reportou ao recorrido de "*maneira desrespeitosa*", mas manteve a decisão majoritária que condenou a empresa recorrente ao pagamento de indenização por danos morais *em razão do reconhecimento do direito constitucional do recorrido ao esquecimento*.

Transcrevo, a propósito, trecho do voto condutor do referido acórdão:

> Resta incontroverso que *a ora embargante não faltou com a verdade ao narrar os fatos, nem se reportou ao ora embargado de maneira desrespeitosa. Não é nesses termos que o pedido se coloca*.
>
> Por outro lado, parece-nos de fato inquestionável que a balbúrdia que marcou a investigação policial da "Chacina da Candelária" se tornou fato indissociável do

próprio crime, e que qualquer documentário que se disponha a revisitar aquele triste episódio cometeria falta jornalística se não mencionasse as trapalhadas do inquérito.

Também não se questiona que aquele inglório episódio faz parte de nossa História coletiva, como um seu triste capítulo, que convém recontar às presentes e futuras gerações, para que não mais se repita, e para que se especulem as raízes de tal mazela.

Mas não é esta a questão central. Não se quer negar à imprensa o direito de contar fatos notórios, nem seus pormenores.

Quer-se, antes, chamar atenção para *a necessária ponderação entre o direito de informar, que diz com toda a coletividade, de um lado, e o direito à vida privada e à intimidade, de outro - ambos, direitos fundamentais garantidos por cláusula pétrea da Constituição Federal*.

Essa ponderação nos conduz, no caso concreto, àquilo que em doutrina e jurisprudência se convencionou chamar "direito ao esquecimento", ou "direito de ser deixado m paz" (*right to be let alone*, para os americanos), como *derivado da garantia constitucional à intimidade e à vida privada*.

O douto *voto vencido*, de insigne lavra, *invoca a necessidade de mitigação do direito ao esquecimento, quando de outro lado o justificar o interesse público*.

Mas, embora não haja dúvida do interesse público em revisitar os fatos envolvidos na investigação da Chacina da Candelária, será correto supor que a omissão do nome e imagem do autor, ora embargado, atentaria conta o interesse público?

Estaria a reportagem comprometida? Estaria comprometido o direito coletivo à informação, caso fosse poupada a imagem do autor e se usasse um pseudônimo?

Isto é o que a Lei impõe para o caso de infrações cometidas por menores de idade, em defesa dos direitos da criança e do adolescente que, porventura, tenha acabado de cometer ato delituoso.

Sem dúvida há, nisto, uma restrição à informação; mas não nos parece que essa restrição atente contra o interesse público, nem contra o interesse privado do veículo de comunicação: a população em geral não estará menos bem informada, nem estará o meio de comunicação impedido de transmitir a noticia em sua essência.

Igualmente, penso que, se houvesse sido atendido o clamor do ora embargado, também nessa hipótese o distinto público não estaria menos bem informado sobre a Chacina da Candelária, apenas e tão-somente por ignorar o nome completo e a imagem de alguém que, acusado há mais de década da prática de crime hediondo, foi absolvido à unanimidade pelo Tribunal do Júri.

Não seria leviano supor que o nome e a imagem do autor só foram memorizados por pessoas de seu círculo de convivência, pois a enorme maioria dos telespectadores, minutos depois da exibição do programa, sequer lembraria o seu primeiro nome.

> Daí que, num juízo de ponderação, nos pareça forçoso concluir que a omissão do nome e imagem do autor em nada comprometeria a qualidade jornalística do documentário; mas, por outro lado, a sua publicação repercutiu, severamente, no âmbito da vida privada do ora embargado. (fls. 303-304)

Assim, verifica-se que tanto os acórdãos proferidos pelo eg. Tribunal *a quo* quanto o proferido por esta Corte em sede de recurso especial adotaram como precípua razão de decidir o reconhecimento do chamado "direito ao esquecimento", como direito fundamental constitucional, qual seja, direito constitucional do autor de não ter divulgado seu nome e imagem relacionado ao evento narrado no programa veiculado pela recorrente.

Não se tratou precipuamente, no presente caso, de hipótese concreta de excesso ou abuso no direito de informar ou no exercício da liberdade de expressão e de informação, que, nos termos da segunda parte da tese consolidada pelo eg. *Supremo Tribunal Federal*, é passível de responsabilização. Ao contrário, foi reconhecido pelas instâncias ordinárias não haver abuso de direito (fl. 136), e que a recorrente "*não faltou com a verdade ao narrar os fatos*", nem se reportou ao recorrido de "*maneira desrespeitosa*" (fl. 303), e o próprio recorrido afirmou que a causa de pedir "*consiste apenas da veiculação dos fatos ocorridos* ***sem sua autorização***", com graves consequências para sua pessoa (fl. 22), excluindo-se a existência de afirmação falsa ou injuriosa divulgada no documentário veiculado.

A propósito, vai em sentido inverso o voto do eminente *Ministro Dias Toffoli* proferido no invocado *RE 1.010.606/RJ*, como se tem no seguinte trecho:

> Parece-me que *admitir um direito ao esquecimento seria uma restrição excessiva e peremptória às liberdades de expressão e de manifestação de pensamento e ao direito que todo cidadão tem de se manter informado a respeito de fatos relevantes da história social*.
>
> Ademais, *tal possibilidade equivaleria a atribuir, de forma absoluta e em abstrato, maior peso aos direitos à imagem e à vida privada, em detrimento da liberdade de expressão, compreensão que não se compatibiliza com a ideia de unidade da Constituição*.
>
> Nesse sentido, também prevê o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos:
>
> > *Artigo* 19
> >
> > 1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
> >
> > 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer

> natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
>
> 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
>
> a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
>
> b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

> Entendo, assim, que o ordenamento jurídico brasileiro está repleto de previsões constitucionais e legais voltadas à proteção da personalidade, aí inserida a proteção aos dados pessoais, com repertório jurídico suficiente a que essa norma fundamental se efetive em consagração à dignidade humana.
>
> Em todas essas situações legalmente definidas, é cabível a restrição, em alguma medida, à liberdade de expressão, sempre que afetados outros direitos fundamentais, mas não como decorrência de um pretenso e prévio direito de ver dissociados fatos ou dados por alegada descontextualização das informações em que inseridos, por força da passagem do tempo.
>
> *Não há dúvidas de que é preciso buscar a proteção dos direitos da personalidade pela via da responsabilização diante do abuso no exercício da liberdade de expressão e pela ampliação da segurança na coleta e no tratamento dos dados, a fim de se evitarem os acessos ilegais, as condutas abusivas e a concentração do poder informacional*.
>
> *Mas não se protegem informações e dados pessoais com obscurantismo*.

Assim, a divulgação do nome e imagem do recorrido, sem sua autorização, em programa documentário razoavelmente fiel aos fatos narrados não caracteriza, por si só, conduta ilícita, notadamente por ser tratar de evento marcante e amplamente divulgado na época dos fatos, inclusive na mídia internacional e com fartos registros publicados em revistas, jornais e livros.

Tratou-se de episódio de grande notoriedade e interesse público que integra a história do país, de modo que não seria obrigatório realizar-se o documentário sem informar dados considerados elementares, como a injusta acusação contra o recorrido, sua indevida prisão e posterior absolvição, fatos que, ao lado de outros também reportados na mesma divulgação, compõem substancialmente o evento narrado.

Ressalta-se também, conforme registrado pela eminente *Ministra Rosa Weber*, em voto-vogal no citado *RE 1.010.606/RJ*, a necessidade de autorização

dos envolvidos nos fatos descritos para publicação de obras de teor jornalístico configuraria *censura prévia*, vedada pela Constituição Federal.

A propósito, transcrevo trecho do referido voto:

> No caso em exame, a sujeição da produção televisiva de cunho histórico-jornalístico à autorização dos familiares para o uso da imagem de pessoa falecida, envolvida nos acontecimentos tratados, aniquilaria a proteção às liberdades de manifestação do pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística e científica e de informação, golpeando-as em seu núcleo essencial. Tais liberdades, de um lado, e a autorização ou licença, de outro, são conceitos excludentes.
>
> Assim como *incompatível com o Estado Democrático de Direito instituído pela Carta de 1988 o arrogar-se, pelo Poder Judiciário, ou qualquer dos outros Poderes da República, do comando da linha editorial de qualquer veículo de imprensa, a publicação de obras de teor histórico, jornalístico ou documental em absoluto pode ficar na dependência da chancela das pessoas envolvidas nos fatos retratados*. A necessidade de autorização traduz censura prévia, em dissonância com as garantias albergadas nos arts. 5º, IV, IX e XIV, e 220, §§ 2º e 6º, da Lei Maior, em indevida reintrodução do espírito autoritário expurgado pela Constituição vigente.

Desta forma, não se constata violação ao direito à imagem e à vida privada do recorrido capaz de ensejar reparação por danos morais.

Diante do exposto, peço vênia ao eminente Relator, para, *em juízo de retratação, dar provimento ao recurso especial*, a fim de julgar *improcedente o pedido inicial*, em conformidade com o entendimento exarado pelo eg. Supremo Tribunal Federal no RE 1.010.606/RJ.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, instigantes os debates ora travados. Penso que a palavra final haverá de ser dada novamente pelo Supremo Tribunal Federal, caso a maioria da Quarta Turma entenda de não retratar o presente acórdão.

Penso que, no presente caso, é possível fazer a distinção em relação à primeira parte da tese estabelecida pelo Supremo, ficando com a segunda parte, assim como propõe o Ministro Salomão, com a devida vênia do voto divergente trazido pelo Ministro Raul Araújo. A questão se dá em torno de interpretar o que quis o Supremo significar com eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação, a serem analisados caso a caso.

Entende o Ministro Raul Araújo que, para que se configure abuso ou excesso, haveria necessidade de adjetivação extra ou de algum fato que não fosse narrado de forma fidedigna. Já a interpretação dessa ressalva pelo Ministro Salomão é mais extensiva.

Considero que realmente não há, como já assentou o Supremo e estamos vinculados a essa tese, direito ao esquecimento. O autor da ação foi levado a júri por esse crime odioso, que virou uma notícia nacional e internacional. Embora absolvido, ele não poderá evitar que, em documentos a respeito desse triste episódio, seu nome seja citado, desde que não haja informação falsa, o que, no caso, não houve.

Ocorre que o programa Linha Direta, a meu ver, é muito mais do que uma reportagem jornalística meramente informativa. Ele não tinha atualidade, era exibido em horário nobre da rede emissora, uma das principais do País, e tinha um caráter sensacionalista.

Penso que esse episódio lamentável, que realmente não deve ser esquecido, para que sirva de alerta às novas gerações, pode muito bem ser narrado sem que se mencione o nome e mesmo a figura, a imagem desta pessoa que sofreu o processo e depois terminou absolvido.

Em se tratando de um programa de televisão, pode haver atores que representem cada um dos processados. Não me parece necessário, para efeito jornalístico e, sobretudo, para um programa de televisão que não se destina a dar a notícia do dia, do que está acontecendo no memento, mas, sim, retratar episódio de relevância nacional, não faz diferença para propagação, esclarecimento e lembrança do fato que se use a imagem daquele que foi processado e, posteriormente, ao fim de um doloroso processo-crime, absolvido.

Essa mesma história pode ser contada, sem nenhum prejuízo à informação daqueles que assistem o programa, com a utilização de atores e nomes fictícios. Não haverá perda alguma daquilo que interessa, o jornalismo histórico que propõe o programa fazer. Seria diferente se estivéssemos tratando de um episódio histórico envolvendo personagens da República que não poderiam ter seus nomes omitidos, porque fizeram parte, por suas trajetórias profissionais, por exemplo, da história do País.

Mas, no caso, penso que a figura desta pessoa, que se viu envolvida nesse episódio, ganhou notoriedade, infelizmente, não por sua trajetória de vida ou eventual papel que tenha desempenhado no cenário nacional, de forma positiva ou negativa. Trata-se de pessoa anônima, sem nenhuma importância histórica.

Ela ganhou essa repercussão, na época dos fatos, de forma altamente negativa e infamante, porque se viu envolvida nesse inquérito e nessa ação penal.

A parte que interessa para a narração e não esquecimento do fato histórico não implica a exibição pública em horário nobre de televisão da sua figura e do seu nome.

No caso em exame, considero que o excesso e o abuso não estão em haver um fato inverídico ou alguma adjetivação a ele. O excesso, ao meu sentir, consistiu na exibição da figura do autor e seu nome em horário nobre de televisão, o que me parece, assim como ao Ministro Relator, inteiramente desnecessário para que se narre o fato histórico ocorrido.

É diferente do que pode acontecer num documento, num livro de Direito, em que se reproduza o acórdão do Tribunal do Júri em que haverá o nome de todas as partes. Mas, a meu ver, não é necessário que se faça isso num programa em horário nobre de televisão, cujo único escopo não é documental, mas, sim, de deixar a população sempre lembrada daquele triste episódio.

Observo que as consequências na vida do autor de aparecer nesse programa Linha Direta, pelo que foi trazido de matéria de fato da origem, foram nefastas. Ele sofreu ameaças de morte, teve de mudar da comunidade onde residia. Foram consequências seríssimas que recairam sobre ele, depois de enfrentar todo aquele processo penal e ser absolvido. Não me parece razoável que tenha que passar novamente pela lembrança desse calvário, uma vez que sua figura poderia ter sido omitida, utilizando-se qualquer nome fictício e qualquer ator, sem diminuição alguma ao caráter informativo, histórico e documental do episódio, porque, friso, não se trata de personagem histórico.

Portanto, peço a *maxima venia* à divergência e acompanho o voto do Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 1.450.667-PR (2014/0094787-3)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira
Recorrente: Antônio Carlos Rampazzo
Recorrente: José Carlos Rampazzo
Recorrente: Ondina de Queiroz Rampazzo

Advogado: Giovana Picoli e outro(s) - PR051189
Recorrido: Fundo de Investimento em Direitos Creditorios Nao-Padronizados Alternative Assets I
Advogado: Roberto Antonio Busato - DF028208

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Embargos do devedor. Execução fundada em título executivo extrajudicial. Cédula de produtor rural financeira e cédula rural pignoratícia. Prequestionamento. Ausência. Nulidade do título por falta dos requisitos. Não ocorrência. Frustração da safra. Caso fortuito ou força maior. Reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Inadmissibilidade. Incidência da Súmula n. 7 do STJ. Recurso desprovido.

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. Incidência das Súmulas n. 282 e 356 do STF.

2. Não é nula a cédula de produtor rural financeira que não contém a indicação do índice de preços a ser utilizado no resgate do título e da instituição responsável por sua apuração ou divulgação, se a cártula prevê sua futura liquidação, na data de vencimento pactuada, por valor certo, obtido a partir da multiplicação da quantidade de produto nela previsto e do preço unitário do produto nela indicado, conforme o padrão e a safra a que se refere, pois o título contém os referenciais necessários à clara identificação do preço, conforme exige a primeira parte do inciso I do art. 4º-A da Lei n. 8.929/1994.

3. O recurso especial não comporta exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7 do STJ).

4. No caso concreto, para que se conclua, como pretendem os recorrentes, que as adversidades climáticas enfrentadas nos últimos anos caracterizaram situação de caso fortuito ou força maior, indo além das intempéries habituais reconhecidas pelo acórdão, seria necessário o reexame de matéria fática, vedado em recurso especial.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Raul Araújo (Presidente) e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

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

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 26.10.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do TJPR assim ementado (e-STJ fls. 474/475):

> Processual Civil. Recurso. Apelação. Embargos do devedor. Titulo executivo extrajudicial. Cédula de produto rural financeira e cédula rural pignoratícia.
>
> Seguro. Inovação recursal. Matéria não submetida ao crivo do contraditório e ao devido processo legal. Ausência de manifestação em primeiro grau. Não conhecimento.
>
> Cédula rural pignoratícia. Juros remuneratórios. Limitação em 12% ao ano. Interesse recursal. Ausência. Matéria julgada favoravelmente ao recorrente. Não conhecimento.
>
> Cédula de produto rural financeira. Liquidação. Individualização do preço. Exegese do art. 4º-A da Lei 10.200/2001. Requisitos presentes.
>
> Inexigibilidade da divida. Frustração da safra. Estiagem. Caso fortuito e força maior. Inocorrência. Atividade de risco.
>
> Extrato de conta gráfica. Demonstração dos lançamentos do débito. Regularidade.
>
> Cédula de produto rural financeira. Juros remuneratórios. Crédito subsidiado. Cobrança acima da taxa legal. Autorização do CMN. Ausência. Limitação em 12% ao ano.
>
> Cédula de crédito rural pignoratícia. Juros remuneratórios e juros moratórios. Cumulação. Possibilidade.
>
> Principio da sucumbência. Honorários advocatícios. Majoração. Apreciação equitativa. Exegese do art. 20, § 4º, do CPC.

1. Inovação recursal. Não merece apreciação em sede recursal a matéria que não foi oportunamente postulada, e que, por consequência, não se submeteu ao crivo do contraditório e do devido processo legal.

2. Juros remuneratórios. Interesse recursal. Ausência. De acordo com o princípio da congruência e da adstrição, não se pode recorrer de uma decisão que lhe favorece.

3. Cédula de produto rural financeira. Regularidade do título. Exegese do art. 4º-A da Lei 10.200/2001. É regular a cédula de produto rural financeira que indica, para a hipótese de liquidação financeira da obrigação, a identificação do preço a ser utilizado, nos termos do art. 4º-A da Lei 10.200/2001.

4. Inexigibilidade da dívida. Frustração da safra. Caso fortuito e força maior - inocorrência. A falta ou excesso de chuvas, bem como oscilações de preço, são circunstâncias perfeitamente previsíveis na produção agrícola e não se qualificam como eventos extraordinários, principalmente por ser atividade de risco, afastando, assim, qualquer possibilidade de alteração na execução do contrato.

5. Extrato da conta vinculada ao empréstimo. O extrato da conta gráfica vinculada à cédula rural pignoratícia, encontra-se juntado aos autos, e nele constam todos os lançamentos referentes à operação, logo não há que se falar em nulidade da execução. Ademais, o extrato da conta vinculada não constitui documento indispensável à execução do crédito oriundo de cédula rural, desde que a petição inicial seja instruída com documento hábil à demonstração pormenorizada do débito, propiciando ampla defesa ao devedor.

6. Juros remuneratórios. Nas cédulas de produto rural financeira o ônus é do credor em demonstrar que os juros foram pactuados acima do limite legal mediante autorização expressa do Conselho Monetário Nacional, o que *in casu* não ocorreu.

7. Juros remuneratórios e juros moratórios. Cumulação - possibilidade. Não há impedimentos para a cumulação dos juros moratórios com os remuneratórios, pois os dois desempenham funções distintas no curso da relação contratual. Ao passo em que os juros remuneratórios exercem a função de remunerar o capital emprestado, os juros moratórios servem para punir e desestimular o atraso no cumprimento da obrigação.

8. Princípio da sucumbência. A sucumbência deve ser sopesada tanto pelo aspecto quantitativo quanto pelo jurídico em que cada parte decai de suas pretensões e resistências, respectivamente impostas.

Recurso de apelação 1 parcialmente conhecido e desprovido.

Recurso de apelação 2 parcialmente provido.

Cuida-se, na origem, de embargos do devedor opostos por *Antonio Carlos Rampazzo*, *José Carlos Rampazzo* e *Ondina de Queiroz Rampazzo* à execução

fundada em cédula de produto rural financeira e cédula rural pignoratícia que lhes move o *Banco do Brasil S.A.*, alegando, quanto ao primeiro título: (a) inexigibilidade da obrigação diante da ocorrência de caso fortuito e força maior, consubstanciado na quebra generalizada da safra de algodão, resultante de condições climáticas desfavoráveis, (b) ausência dos requisitos legais da cártula, (c) ilegalidade da cobrança conjunta dos juros, fixados em 2% ao mês, e da taxa Selic, e (d) nulidade da cláusula que convencionou o anatocismo.

Em relação ao segundo título (cédula rural pignoratícia), sustentaram os embargantes: (a) nulidade da execução por ausência de conta gráfica vinculada ao empréstimo, (b) abusividade da cláusula de vencimento antecipado, (c) invalidade da cláusula que fixou juros remuneratórios em taxa superior a 12% ao ano, (d) inviabilidade da cobrança da comissão de permanência, (e) ilegalidade da cobrança de juros capitalizados, e (f) impossibilidade de incidência de multa sobre juros.

A sentença (e-STJ fls. 339/360) julgou parcialmente procedente o pedido dos embargantes, ora recorrentes, a fim de reduzir os juros remuneratórios para 12% (doze por cento) ao ano, nos dois títulos, e vedar a incidência da multa moratória sobre os juros moratórios, mantendo-se os demais encargos conforme pactuados.

Inconformadas, apelaram as partes ao TJPR, que deu parcial provimento ao recurso do banco, apenas para majorar a verba honorária, e negou provimento ao apelo dos recorrentes, nos termos da ementa transcrita.

Nas razões recursais (e-STJ fls. 493/513), fundamentadas no art. 105, III, "a", da CF, os recorrentes alegam ofensa aos seguintes dispositivos legais, sob as respectivas teses:

(i) Art. 515, § 1º, do CPC/1973, sustentando que a questão referente à cobertura securitária não pode ser considerada indevida inovação recursal, pois, embora a sentença não tenha tratado do tema, a contratação do seguro e a quitação da respectiva apólice foram objeto tanto de deliberação na fase instrutória quanto de pronunciamento específico "por ocasião das alegações finais, tendo os Recorrentes pugnado pela manifestação do Juízo acerca do assunto, vez que implicaria no decreto de nulidade da execução, já que afeto aos requisitos do título executivo" (e-STJ fl. 499). Nesse contexto, o silêncio da sentença sobre a questão suscitada e discutida no processo não configuraria óbice para o seu exame no julgamento da apelação.

(ii) Art. 267, § 3º, do CPC/1973, sob a alegação de que o exequente, ora recorrido, seria carecedor da ação, por falta de interesse processual, uma vez que

"a existência do seguro implica em afastamento dos requisitos legais do título, já que o mesmo tornar-se-ia inexigível" (e-STJ fl. 499).

(iii) Art. 4º-A, I e II, da Lei n. 8.929/1994, alterado pela Lei n. 10.200/2001, argumentando que a cédula de produto rural financeira objeto da execução é nula de pleno direito, porque não consta do título a indicação do índice de preços a ser utilizado no resgate do título e a instituição responsável por sua apuração ou divulgação, requisito essencial à validade da cédula.

(iv) Arts. 393, parágrafo único, do CC e 586 do CPC/1973, defendendo que as dificuldades que resultaram na quebra da safra não configuraram "intempéries climáticas habituais, com as quais anualmente o agricultor está sujeito, mas sim de adversidades absurdamente desfavoráveis, atingindo não só os Recorrentes, mas toda uma região", razão pela qual ficou configurada a ocorrência de caso fortuito ou força maior a ensejar a inexigibilidade da obrigação.

O recorrido apresentou contrarrazões (e-STJ fls. 524/534).

O recurso especial foi admitido na origem (e-STJ fls. 538/539).

Às fls. 651/652 (e-STJ), proferi decisão deferindo o ingresso do *Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Alternative Assets I* no polo passivo do feito, por ser tal entidade cessionária dos títulos objeto da execução (e-STJ fl. 554).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): O recurso especial foi interposto com fundamento no Código de Processo Civil de 1973, motivo por que devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, com as interpretações dadas pela jurisprudência desta Corte (Enunciado Administrativo n. 2/STJ).

I - Do seguro

A respeito da suposta inexigibilidade da dívida em razão da existência de seguro, assim se pronunciou a Corte local (e-STJ fl. 478):

> Do seguro. Inovação recursal.
>
> 1. Analisando os autos, verifica-se que a questão referente ao seguro, não foi submetida ao crivo do contraditório e do devido processo. Note-se que o embargante, na petição inicial, não faz qualquer menção acerca desta alegação.

> Dessa forma, ao ventilar questão não arguida oportunamente, descumpriu o apelante a orientação contida no princípio da eventualidade, de modo que seu conhecimento, por respeito à disciplina dos arts. 128 e 460 do CPC, resta obstado por se tratar de inovação em sede recursal.
>
> 1.1. Nesse sentido a orientação da doutrina acerca do tema:
>
> > Não se julga novo litígio na apelação. Mas a lide decidida em primeiro grau é de novo apreciada e julgada em segundo grau. As linhas que o autor demarcou para o litígio, no libelo apresentado com a inicial, são as mesmas que traçam o parâmetro da res judicanda na instância de segundo grau quando plena a devolução. O Juízo ad quem examina do mérito tal como o Juízo a quo.1
>
> 1.2. Assim sendo, impossível conhecer desta matéria, sob pena de violação do princípio do duplo grau de jurisdição.

Como se vê, os temas tratados nos arts. 267, § 3º, e 515, § 1º, do CPC/1973 não foram analisados pelo Tribunal estadual.

Com efeito, não houve debate no acórdão recorrido a respeito das teses defendidas no recurso especial relativas à carência da ação, por falta de interesse processual, e à possibilidade de o Tribunal examinar questão não decidida pelo Juízo de origem, mas discutida na fase instrutória e objeto de "manifestação específica por ocasião das alegações finais" (e-STJ fl. 499). Além disso, não foram opostos embargos de declaração com a finalidade de sanar omissão porventura existente sobre a matéria.

Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, a simples indicação dos dispositivos legais tidos por violados, sem que o tema tenha sido enfrentado pela decisão recorrida, impede o conhecimento do recurso especial, por falta de prequestionamento. A insurgência, nesse ponto, encontra óbice nas Súmulas n. 282 e 356 do STF.

Nada obstante, cumpre consignar que, de fato, nem na petição inicial dos embargos do devedor (e-STJ fls. 1/26), nem na resposta apresentada à impugnação ofertada pelo Banco do Brasil (e-STJ fls. 155/173), os recorrentes fizeram qualquer menção ao aludido seguro.

II - Da nulidade da cédula de produto rural financeira

Em relação à alegada ofensa ao art. 4º-A, I e II, da Lei n. 8.929/1994, com a redação dada pela Lei n. 10.200/2001, a questão objeto da controvérsia cinge-se em saber se deve ser considerada nula a cédula de produto rural

financeira objeto da execução, por não constar do título a indicação do índice de preço utilizado nem a instituição responsável por sua apuração ou divulgação, conforme os recorrentes entendem ser expressamente exigido pela norma.

A Lei n. 8.929, de 22 de agosto de 1994, instituiu a Cédula de Produto Rural (CPR) representativa de promessa de entrega de produtos rurais, com ou sem garantias cedularmente constituídas, como um novo instrumento no sistema de crédito rural, destinado a proporcionar ao agricultor a possibilidade de obter capital necessário para o fomento do seu negócio por meio da venda antecipada de parte ou da totalidade da produção esperada.

Com a emissão da cédula de produto rural, o emitente se a obriga a entregar o produto rural indicado conforme as especificações de quantidade e qualidade avençadas, recebendo antecipadamente parte do valor que pretende obter com a venda desse produto.

Conforme destaca Arnoldo Wald, "A nova legislação criou, assim, um interessante tipo de ativo financeiro, negociável nos mercados de bolsa e de balcão, cujo pagamento não está atrelado à moeda, mas à entrega de produtos rurais de qualquer espécie. Essa negociabilidade ampla deve servir como estímulo à difusão da CPR como título de financiamento de atividades rurais" (WALD, Arnoldo. Do regime legal da Cédula de Produto Rural (CPR). Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, v. 34, n. 136, dez/1997, p. 241).

A Medida Provisória n. 2.017, de 19/1/2000, posteriormente convertida na Lei n. 10.200/2000, alterou a norma mencionada, criando uma nova modalidade de cédula de produto rural, a Cédula de Produto Rural Financeira. Essa nova variante, prevista no art. 4º-A, que foi acrescido ao texto da Lei n. 8.929/1994, trouxe como principal inovação a possibilidade de liquidação do título com o pagamento em dinheiro do valor correspondente ao produto, nos termos previstos na cártula, ao invés da entrega *in natura* do produto rural nela indicado.

Confira-se o teor do art. 4º-A da Lei n. 8.929/1994:

> Art. 4º-A. Fica permitida a liquidação financeira da CPR de que trata esta Lei, desde que observadas as seguintes condições:
>
> *I - que seja explicitado, em seu corpo, os referenciais necessários à clara identificação do preço ou do índice de preços a ser utilizado no resgate do título, a instituição responsável por sua apuração ou divulgação, a praça ou o mercado de formação do preço e o nome do índice*;
>
> II - que os indicadores de preço de que trata o inciso anterior sejam apurados por instituições idôneas e de credibilidade junto às partes contratantes, tenham

> divulgação periódica, preferencialmente diária, e ampla divulgação ou facilidade de acesso, de forma a estarem facilmente disponíveis para as partes contratantes;
>
> III - que seja caracterizada por seu nome, seguido da expressão "financeira".
>
> § 1º A CPR com liquidação financeira é um título líquido e certo, exigível, na data de seu vencimento, pelo resultado da multiplicação do preço, apurado segundo os critérios previstos neste artigo, pela quantidade do produto especificado.
>
> § 2º Para cobrança da CPR com liquidação financeira, cabe ação de execução por quantia certa. (Grifei.)

Não há dúvidas de que a cédula de produtor rural financeira somente constitui título executivo, nos termos no art. 4º-A da Lei n. 8.929/1994, se nela estiverem contidos os requisitos ali exigidos, entre eles a clara identificação do preço ou as especificações que propiciem a apuração do valor do produto na data avençada para o resgate.

Com efeito, os títulos de crédito são documentos formais. Conforme destaca Fran Martins: "(...) o formalismo é o fator preponderante para a existência do título e sem ele não terão eficácia os demais princípios próprios dos títulos de crédito. Tanto a autonomia das obrigações como a literalidade e a abstração só poderão ser invocadas se o título estiver legalmente formalizado, donde dizerem as leis que não terão o valor de título de crédito os documentos que não se revestirem das formalidades exigidas por ditas leis. Cada espécie de título possui, assim, uma forma própria. Isso se obtém através do cumprimento de requisitos, expressamente enumerados na lei. Devem, desse modo, tais requisitos constar obrigatoriamente dos títulos, e do modo preconizado na lei" (MARTINS, Fran. Títulos de crédito: letra de câmbio e nota promissória. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1).

Assim, entre os requisitos de validade da cédula de produtor rural financeira estão os referenciais (i) necessários à clara identificação do preço (primeira parte do inciso I do art. 4º-A da Lei n. 8.929/1994) ou (ii) do índice de preços a ser utilizado no resgate do título (segunda parte do mesmo dispositivo), sendo que, nessa última hipótese, é imprescindível a identificação da instituição responsável por sua apuração ou divulgação, a praça ou o mercado de formação do preço e o nome do índice.

A necessidade de indicação, no corpo da cédula, do índice de preços e da instituição responsável por sua apuração ou divulgação tem a finalidade de evitar a potestatividade da cláusula de apuração do preço. A ausência dessas

informações implica a nulidade do título pois deixa a apuração dos valores ao arbítrio exclusivo do credor.

No entanto, se o próprio título contém os referenciais necessários à clara identificação do preço, conforme prevê a primeira parte do inciso I do art. 4º-A da Lei n. 8.929/1994, o devedor fica ciente, desde o momento da contratação, do valor que pagará ao final, tornando desnecessárias as referidas informações complementares. Com efeito, não há como ser potestativa a cláusula que prevê a liquidação financeira por preço fixo, pois o valor final a ser pago independe da variação de preço do produto ou de índices de preços.

No caso concreto, conforme se extrai da sentença: "(...) as partes firmaram Cédula de Produto Rural Financeira de n. 2004/149351, referente à safra de algodão em caroço, base tipo 6 – 10.070 arrobas – preço unitário R$ 14,40 a arroba – do ano de 2004/2005, com data de pagamento em 14/11/2005" (e-STJ fl. 343).

Conforme destacou o Juízo de primeiro grau, "Do título executivo em questão, o qual está às fls. 09 dos autos de execução em apenso, extrai-se que consta do mesmo a quantidade de produto, o padrão deste produto, a safra que se refere, a quantidade, o preço unitário, além da data do vencimento e o valor do resgate da mesma. Consta ainda que em moeda corrente o valor do resgate corresponde ao resultado da multiplicação do preço unitário do produto pela quantidade de produto especificado" (e-STJ fl. 346).

Assim, as partes pactuaram a cédula de produtor rural financeira prevendo sua futura liquidação por valor certo.

O acórdão recorrido, por sua vez, ao interpretar o dispositivo em comento e examinar a cédula objeto da execução, também entendeu que (e-STJ fls. 480/482):

> Da leitura do citado dispositivo pode-se concluir que, a liquidação da cédula ficará vinculada à indicação do preço dos produtos ou de índice que permita a mensuração do débito de forma objetiva. Logo, compete às partes no momento da celebração do negocio jurídico, optar por um dos critérios determinados pelo art. 4º-A, inciso I, da Lei 8.929/94.
>
> (...)
>
> No caso, infere-se da cédula de produto rural financeira (fls. 09/10 - exec.), objeto da execução, a indicação da quantidade de produto, o padrão deste produto, a safra a que se refere, o preço unitário, além da data do vencimento e do valor do resgate da mesma. Consta ainda que em moeda corrente o valor do

> resgate corresponde ao resultado da multiplicação do preço unitário do produto pela quantidade de produto especificado.
>
> Dessa forma, não há que se falar em nulidade do título, pois restou previamente individualizado o preço do produto, critério que permite a liquidação objetiva da dívida.

Portanto, como a cédula de produtor rural financeira objeto da execução contém os referenciais necessários à clara identificação do preço, conforme observaram as instâncias ordinárias a partir do exame das provas dos autos, em especial das cláusulas pactuadas, a falta de indicação do índice de preços a ser utilizado no resgate do título e da instituição responsável por sua apuração ou divulgação não torna o título nulo, porque tais informações não são requisitos para a modalidade de cédula pactuada.

III - Do caso fortuito ou força maior

Por fim, os recorrentes pretendem afastar a conclusão da Corte local de que "a falta ou excesso de chuvas, bem como oscilações de preço, são circunstâncias perfeitamente previsíveis na produção agrícola e não se qualificam como eventos extraordinários, principalmente por ser atividade de risco, afastando, assim, qualquer possibilidade de alteração na execução do contrato" (e-STJ fl. 483).

Alegam, para tanto que, ao contrário do que constou do acórdão recorrido, "as provas produzidas durante a instrução processual, dão conta que os fatores climáticos adversos suplantaram a normalidade, atingindo todos os agricultores de maneira igualitária" (e-STJ fl. 510).

Assim, no entender dos recorrentes, embora seja certo que as intempéries climáticas sejam inerentes às atividades por eles desenvolvidas, "Não menos certo, todavia, é que as adversidades enfrentadas nos últimos anos sobrepõem-se à normalidade, colhendo todos os agricultores de surpresa e causando imensos prejuízos" (e-STJ fl. 511).

Observa-se, no entanto, que, no caso concreto, para alterar a conclusão do acórdão recorrido, a fim de acatar a pretensão recursal e reconhecer que "a seca que apanhou os Recorrentes é, sem sombra de dúvida, causa de extinção da obrigação, enquadrando-se como caso fortuito ou força maior" (e-STJ fl. 512), seria imprescindível o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável, conforme dispõe a Súmula n. 7 do STJ.

Anote-se, por fim, que, malgrado os recorrentes não mencionem a "teoria da imprevisão" para amparar a pretensão nesse ponto e apenas se reportem à

existência de caso fortuito ou força maior, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a teoria mencionada não se aplica a ajustes de venda antecipada de safra agrícola, pois, nessa modalidade de contrato, as partes assumem, de forma consciente, os riscos conhecidos e inerentes ao próprio negócio jurídico, de sorte que o elemento aleatório representado pela incerteza do resultado da safra futura é naturalmente sopesado e implicitamente aceito pelas partes no momento da celebração do negócio e da fixação comutativa do preço.

Nesse diapasão, os fatores climáticos não podem ser invocados pelo produtor rural, a título de caso fortuito e força maior, para impor ao credor a inexigibilidade da dívida, haja vista ser notório que suas atividades estão sempre sujeitas a tais intempéries e ainda a outros fenômenos da natureza, constituindo-se risco próprio da atividade agrícola.

A propósito:

> Agravo interno no agravo em recurso especial. Execução. Contrato de financiamento. Conclusão acerca da liquidez, certeza e exigibilidade. Súmulas 5 e 7/STJ. Fundamento inatacado. Súmula 283/STF. Inaplicabilidade do CDC. Súmula 83/STJ. Ausência de *bis in idem*. Súmula 5/STJ. Inviabilidade do pleito por aplicação da multa contratual em 2%. Ausência de relação consumerista. Súmula 83/STJ. Impossibilidade de aplicação da teoria da imprevisão. Não ocorrência de seus requisitos. Agravo interno desprovido.
>
> [...]
>
> 6. A jurisprudência desta Corte Superior tem "entendimento segundo o qual a Teoria da Imprevisão somente se aplica quando for demonstrada a ocorrência, após a vigência do contrato, de evento imprevisível e extraordinário que onere excessivamente uma das partes contratantes, não se inserindo, nesse contexto, as intempéries climáticas. Incidência da Súmula 83/STJ, aplicável tanto aos recursos interpostos pela alínea "c" como pela alínea "a" do permissivo constitucional" (AgInt no AREsp 1.309.282/PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 12/8/2019, DJe 15/8/2019).
>
> 7. Agravo interno desprovido.
>
> (AgInt no AREsp 1.602.292/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 24/08/2020, DJe 01/09/2020.)

> Agravo regimental no agravo em recurso especial. Cerceamento de defesa não configurado. Necessidade de produção de provas. Art. 130 do CPC. Julgamento antecipado da lide. Faculdade do juiz. Reexame de provas. Súmula 7/STJ. Teoria da imprevisão. Intempéries climáticas. Inaplicabilidade. Produtor rural. Compra e venda de insumos agrícolas. Revisão de contrato. Código de Defesa do Consumidor. Não incidência. Cobrança abusiva de juros. Capitalização. Súmula 7/STJ.

(...)

2. A jurisprudência desta Corte é pacífica em afirmar que a Teoria da Imprevisão como forma de revisão judicial dos contratos somente será aplicada quando ficar demonstrada a ocorrência, após a vigência do contrato, de evento imprevisível e extraordinário que onere excessivamente uma das partes contratantes, não se inserindo nesse contexto as intempéries climáticas.

(...)

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 155.702/MS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/05/2013, DJe 27/06/2013.)

Diante do exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.545.217-PR (2015/0181174-9)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão
Relatora para o acórdão: Ministra Maria Isabel Gallotti
Recorrente: N M F R
Advogados: Vânia Aparecida Viotto Fuga - PR053799
Shinji Gohara e outro(s) - PR053800
Recorrido: N P de A
Advogado: Airton Keiji Ueda e outro(s) - PR018555

EMENTA

Recurso especial. Previdência privada. Entidade fechada. Proventos complementares. Regaste de reserva de poupança após o início do recebimento do benefício em razão da retirada de patrocínio pela ex-empregadora. Posterior extinção vínculo matrimonial. Regime de comunhão universal ou parcial de bens. Verba excluída do patrimônio comum e da partilha de bens.

1. As contribuições feitas para plano de previdência fechado, em percentual do salário do empregado, aportadas pelo beneficiário e

pelo patrocinador, conforme definido pelo estatuto da entidade, não integram o patrimônio sujeito à comunhão de bens a ser partilhado quando da extinção do vínculo conjugal.

2. Hipótese em que, após o início do recebimento do benefício complementar, houve a retirada do patrocínio pelo ex-empregador, ensejando a opção pelo resgate da reserva de poupança pelo assistido. O resgate dos valores originalmente destinados a custear, ao longo dos anos, o benefício extinto não lhes retira a natureza previdenciária e personalíssima, motivo pelo qual não se trata de bem integrante da comunhão sujeito à partilha decorrente do fim do casamento ou união estável (art. 1.659, inc VII, c/c o art. 1.668, inc. V, do CC/2002 e art. 263, inc. I, do CC/2016). Precedentes.

3. Recurso especial ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Após o voto-desempate do Ministro Marco Buzzi negando provimento ao recurso especial, acompanhando a divergência, a Quarta turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto divergente da Ministra Maria Isabel Gallotti, que lavrará o acórdão. Vencidos o relator e o Ministro Antonio Carlos Ferreira, que davam provimento ao recurso especial. Votaram vencidos os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão (Presidente) e Antonio Carlos Ferreira.

Votaram com a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti os Srs. Ministros Raul Araújo e Marco Buzzi.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2021 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora p/ acórdão

DJe 9.2.2022

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: *1.* N. M. F. R., separada judicialmente, ajuizou, em dezembro de 2010, ação de sobrepartilha em face de seu ex-marido N. P. de A. Narra que esteve casada com o réu, sob o regime de comunhão universal de bens, no período de de 26 de novembro de 1977 a 31 de agosto de 2005.

Assinala que, em 26 de fevereiro de 2010, ajuizou ação de alimentos também em face do requerido e que, em junho do mesmo ano, teve conhecimento de que seu ex-cônjuge fez um saque, no valor de R$ 437.716,44 (quatrocentos e trinta e sete mil, setecentos e dezesseis reais e quarenta e quatro centavos), de saldo existente em fundo de previdência privada administrado pela Fundação Francisco Martins Bastos, patrocinado por sua ex-empregadora.

Pondera que, com a dedução do imposto de renda, o réu recebeu o valor de R$ 302.996,26 (trezentos e dois mil, novecentos e noventa e seis reais e vinte e seis centavos) e que o vínculo laboral mantido com a patrocinadora do plano de benefícios foi extinto ainda durante o casamento, devendo ser partilhado, por caracterizar bem sonegado.

O Juízo da 1ª Vara de Família da Comarca de Maringá julgou procedente o pedido formulado na inicial.

Interpôs o réu apelação para o Tribunal de Justiça do Paraná, que deu provimento ao recurso.

A decisão tem a seguinte ementa:

> Apelação cível. Ação de sobrepartilha. Procedência. Inconformismo. Previdência privada. Mudanças na empresa financiadora. Opção pelo recebimento adiantado de todas as parcelas. Valor excluído da comunhão. Art. 1.668, VI e VII do CC. Direito individual de aposentadoria e não aplicação financeira. Requerido que já recebia aposentadoria comum e complementar quando da separação. Sentença reformada. Inversão dos ônus da sucumbência.
>
> 1. "Assim como os valores do fundo de garantia por tempo de serviço, a quantia depositada com o escopo de garantia da aposentadoria (previdência privada), quando não sacada durante a união, não se reverte em proveito do casal, porque mantém a sua natureza personalíssima" (Apelação Cível n. 70047144035, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felippe Schmitz, Julgado em 28/06/2012).
>
> 2. Recurso conhecido e provido.

Sobreveio recurso especial da autora, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, sustentando divergência jurisprudencial e violação do art. 1º da Lei Complementar n. 109/2001.

Afirma que foi casada com o recorrido no período de 26/11/1977 a 31/8/2005 e que, por ocasião da separação judicial, seu ex-cônjuge omitiu ser titular de um fundo de previdência privada no valor de R$ 437.716,44

(quatrocentos e trinta e sete mil, setecentos e dezesseis reais e quarenta e quatro centavos), perfazendo um montante líquido de R$ 302.996,26, utilizado para aquisição de apartamento no Município de Joinville.

Aduz ter manejado a ação de sobrepartilha com o intuito de receber 50% do numerário resgatado pelo investimento feito durante o matrimônio e que não concorda com a reforma da sentença pelo acórdão recorrido, pois, analisando caso idêntico, este Colegiado, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.121.179/SP, relator Ministro Raul Araújo, perfilhou entendimento de que se trata meramente de aplicação financeira, e não de direito individual de aposentadoria.

Expõe que, em novo e mais recente julgamento desta Turma, esse entendimento foi reafirmado, não procedendo o julgado perfilhado pela Corte local acerca de se tratar de uma aposentadoria, e que, conforme julgado de outro Tribunal de Justiça, é possível a partilha das cotas de previdência complementar adquiridas, pois a previdência privada não pode ser considerada pecúlio e, antes de se alcançar a idade instituída no plano, não passa de aplicação financeira como qualquer outra.

Argumenta que o art. 1º da Lei Complementar n. 109/2001 deixa claro que o regime de previdência privada se distingue do pecúlio de aposentadoria, pois estabelece sua autonomia em relação ao regime previdenciário comum, e que trata de apenas um complemento de renda, com todos os aspectos relativos a um fundo de investimento de renda fixa, inclusive com possibilidade aportes financeiros periódicos em uma única aplicação.

No tocante à previdência pública, não há uma relação contratual, e o titular não tem a opção de sacar os valores pagos, devendo receber sua aposentadoria.

Em contrarrazões recursais, afirma o recorrido que: a) a recorrente pretende o reexame de provas; b) recebeu a quantia de R$ 302.996,26, em 26/11/2009, e que, por ocasião da separação, já recebia benefício de previdência complementar, não havendo falar em sonegação de bens na partilha; c) foi participante do plano de benefícios patrocinado por sua ex-empregadora desde antes do casamento; d) a quantia vindicada foi adquirida por motivo de força maior/caso fortuito, após a dissolução do vínculo matrimonial; e) o art. 19 da Lei Complementar n. 109 estabelece que as contribuições têm caráter previdenciário, sendo direito personalíssimo, excluído da comunhão de bens, por ser benefício/bônus do trabalho pessoal; f) sacou o valor integral quatro anos após a separação judicial, tendo em vista que o art. 1.668, V, combinado com os incisos VI e VII do art.

1.659, ambos do CC, estabelece que são excluídos da comunhão os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, as pensões e rendas semelhantes; g) se houver modificação do acórdão recorrido, é preciso levar em consideração que a Súmula n. 290/STJ orienta que não cabe ao beneficiário a devolução da contribuição efetuada pelo patrocinador, tendo-se operado a prescrição ânua prevista no art. 2.027 do CC para anulação da partilha.

O Ministério Público, desde a primeira instância, conforme consignado na sentença, "deixou de se manifestar nos autos ao argumento de que nesta demanda não se debate direitos de incapaz" (fl. 324).

O recurso especial foi admitido.

É o relatório.

A principal questão controvertida consiste em saber se a reserva de poupança de plano de benefícios de previdência complementar, durante o período de formação da reserva de benefício a conceder, tem natureza previdenciária personalíssima ou caracteriza-se como mero investimento, partilhável em caso de dissolução de casamento (vínculo conjugal) em regime de comunhão universal ou parcial de bens.

Para melhor compreensão da controvérsia e por ser uma das linhas de intelecção usualmente utilizadas para solução de controvérsias similares, cumpre referir o que a sentença anotou:

> Na a Autora expôs: ( ) casou-se com o Réu aos 26.11.1977, pelo regime da comunhão universal de inicial a bens, separando-se judicialmente aos 31.08.2005 (autos n. 930/2005, que tramitaram na 2ª Vara da Família desta Comarca); ( ) por ocasião da separação os cônjuges declararam que os bens já haviam sido partilhados, b porque a Autora nada sabia quanto aos bens que o Réu omitia; ( ) aforou demanda de alimentos em face do c Réu, em trâmite na 2ª Vara, aí tomando conhecimento de que ele teria sacado saldo existente em fundo de previdência privada, adquirindo, com este valor, um apartamento em Joinville, SC; ( ) o Réu omitiu, por ocasião d da separação, que era titular desse fundo, no valor R$ 437.716,44 (ou R$ 302.996,26 líquidos); ( ) pede a e procedência da demanda, com a partilha desse montante. Juntou documentos (sequências 1.2-1.56).
>
> O Réu, na (sequência 16.3), aduziu: (*a*) a Autora tinha ciência da previdência privada, porque contestação a somente com o benefício do INSS não conseguiria arcar com todas as despesas domésticas; (*b*) a b empregadora, *Ipiranga*, contribuía integralmente para a previdência antes da celebração do casamento; (*c*) quando a empresa fora adquirida por um grupo internacional, o novo empregador deixou de continuar contribuindo; (*d*) este lhe deu a opção de manter a aposentadoria, mas em valor inferior ao que percebia, ou a d título de indenização, a de antecipar

o resgate do valor das parcelas pelo tempo decorrido; (*e*) optou por esta e alternativa, deixando de receber o benefício privado; (*f*) o pleito da Autora não respeita direito personalíssimo, do f Réu, inerente à época da separação; (*g*) o numerário aludido pela Autora consistia em frutos gerados por sua g renda, pertencentes, portanto, exclusivamente a si; (*h*) pede a improcedência da demanda. Juntou documentos (sequências 16.4-16.10).

[...]

A previdência privada enquanto não plenamente alcançada pelo segurado (ou seja, enquanto não preenchidos os requisitos para obtê-la, , por exemplo, o atingimento de certa idade), é considerada como in concreto , ou seja, , que será comum se assim forem os recursos investidos (ainda aplicação financeira investimento que em nome de um, de outro ou de ambos).

Assim, as verbas injetadas (e/ou seus frutos) em poupanças, em imóveis ou em qualquer outro, investimento sem dúvida, são e, de corolário, . Vai daí que os fundos de previdência privada comuns suscetíveis à partilha são personalíssimos. Ao contrário, são e, por conseguinte, sujeitos à comunicação, sobretudo não comuns quando há (restituição, compensação ou indenização), consoante o Réu informou na reembolso antecipado resposta.

A propósito, se o cônjuge que governa as finanças comuns livre para aplicá-las em previdência privada fosse que em benefício unicamente dele (o que aconteceria se essa contratação caracterizasse haver viesse personalíssimo), decerto, o caminho para quebra ou fraude no regime da comunhão parcial de bens estaria aberto àquele que assim agisse, e, obviamente, em indevido prejuízo ao outro consorte.

Realce-se que há de personalíssimo nos direitos percebidos pelo Réu, pouco importando tenham sido nada cobrados e/ou recebidos do rompimento, porque o é que o desse direito foi depois determinante nascimento contemporâneo a então união das partes, porque os ou aconteceram durante ela (o investimentos aplicações que, a propósito, é fato incontroverso).

O acórdão recorrido, por seu turno, dispôs:

Portanto, em decorrência da própria nomenclatura do plano (Plano de Previdência Privada), trata-se em princípio de um direito individual de aposentadoria e não de aplicação financeira, sem embargo da ressalva anotada na r. sentença: "A previdência privada enquanto não plenamente alcançada pelo segurado (ou seja, enquanto não preenchidos os requisitos para obtê-la, in concreto, por exemplo, o atingimento de certa idade), é considerada como aplicação financeira, ou seja, investimento, que será comum se assim forem os recursos investidos (ainda que em nome de um, de outro ou de ambos)".

Mas não é esse o caso dos autos. Aliás, no tocante a esse fundamento, o decisum destoa das provas produzidas, uma vez que na data que em houve a separação consensual (31/08/2005 – doc. 01, mov. 16.4) o apelante já estava

> recebendo a aposentadoria, que lhe fora concedida a partir de 03.05.2005, conforme documento da Previdência Social (doc. 06, mov. 16.4), com a complementação oriunda da previdência privada (doc. 15, mov. 16.6).
>
> *Cabe assinalar que, no caso vertente, a previdência privada não se constituiu somente através de investimento do apelante, pois o respectivo fundo era patrocinado pelo empregador – fato que não ensejou controvérsia -, assumindo assim a natureza de verba trabalhista, ao menos parcialmente, depositada na conta vinculada simultaneamente com o salário*.
>
> *Posteriormente, em razão de alterações da própria instituição financeira, o apelante fez a opção de receber todo o valor da aposentadoria privada de uma só vez, em 26/11/2009 (cf. demonstrativo de pagamento e extrato bancário – doc. 11, mov. 16.4)*.
>
> *Trata-se de valores creditados juntamente com os proventos do trabalho, durante a constância da sociedade conjugal (comunhão universal), e que geraram em favor do cônjuge-varão o benefício da aposentadoria complementar, já vigente por ocasião da separação judicial*.
>
> *Assim, se naquela ocasião da separação aqueles bens não integravam o patrimônio comum, em virtude de sua natureza alimentar (proventos), após a separação, não passarão a integrá-lo pelo fato de o apelante receber verba indenizatória em razão da cessação de seu pagamento. Esse argumento se mantém, mesmo que tal verba tenha resultado de opção feita pelo apelante, de obter o pagamento de uma só vez (daí seu caráter indenizatório), ao invés de passar a receber uma complementação mensal menor*.
>
> *De qualquer modo, verifica-se que a soma visa a compensar a perda de proventos de aposentadoria complementar que seriam recebidos no futuro, e não parcelas que deixaram de ser pagas em período pretérito que tivesse alguma coincidência com o período do matrimônio*.

3. Para logo, é oportuno ressaltar que, conforme corrente doutrinária e informado pela própria SUSEP - Órgão público supervisor das entidades abertas de previdência complementar -, em seu *site*, apenas o Plano Gerador de Benefícios Livres (PGBL) caracteriza genuíno plano de benefícios de previdência complementar:

> VGBL (Vida Gerador de Benefícios Livres) e PGBL (Plano Gerador de Benefícios Livres) são planos por sobrevivência (de seguro de pessoas e de previdência complementar aberta, respectivamente) que, após um período de acumulação de recursos (período de diferimento), proporcionam aos investidores (segurados e participantes) uma renda mensal - que poderá ser vitalícia ou por período determinado - ou um pagamento único. O primeiro (VGBL) é classificado como seguro de pessoa, enquanto o segundo (PGBL) é um plano de previdência complementar.

> A principal diferença entre os dois reside no tratamento tributário dispensado a um e outro. Em ambos os casos, o imposto de renda incide apenas no momento do resgate ou recebimento da renda. Entretanto, enquanto no VGBL o imposto de renda incide apenas sobre os rendimentos, no PGBL o imposto incide sobre o valor total a ser resgatado ou recebido sob a forma de renda.
>
> No caso do PGBL, os participantes que utilizam o modelo completo de declaração de ajuste anual do I.R.P.F podem deduzir as contribuições do respectivo exercício, no limite máximo de 12% de sua renda bruta anual.
>
> (Disponível em: <ttp://www.susep.gov.br/setores-susep/seger/coate/perguntas-mais-frequentes-sobre-planos-por-sobrevivencia-pgbl-e-vgbl >. Acesso em: 7 de fevereiro de 2020)

No entanto, como bem reconhecido pelo órgão supervisor, não há diferença ontológica entre esses planos - ambos, se o contrato seguir seu curso natural, ostentam feição nitidamente de seguro social -, mas apenas no tratamento tributário conferido.

Deveras, na mesma toada, segundo preconiza Adacir Reis, "o Vida Gerador de Benefícios Livres - VGBL é um seguro com *cobertura de sobrevivência*" (REIS, Adacir. *Curso básico de previdência complementar*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 119).

4. De outro lado, dependendo da vontade das partes, como também de disposições cogentes, os bens das pessoas casadas podem-se comunicar, isto é, passar à titularidade também do outro consorte. Pela comunicação, instaura-se um condomínio entre marido e mulher; mas um condomínio de direito de família, sujeito a regras próprias, que não coincidem necessariamente com as de direito das coisas (COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito de Família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77).

O CC/2002 aponta quatro regimes: comunhão universal, comunhão parcial, separação absoluta e participação final nos aquestos. Se os consortes nada contrataram sobre seus bens ou se o que convencionaram resultou nulo ou ineficaz, será observado o regime da comunhão parcial (art. 1.640).

Assim, no caso ora em julgamento, a sociedade conjugal outrora mantida pelas partes submetia-se a regime da comunhão universal de bens, *e a lei exclui da comunhão pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes*, como prevê o art. 1.668, V, c/c o art. 1.659, VII, do CC. No mesmo diapasão, também dispunha o art. 263, I, do CC/1916, vigente por ocasião do matrimônio.

Com efeito, mesmo em se tratando de comunhão universal de bens, os proventos do trabalho pessoal (CC, arts. 1.668, V, e 1.659, VI) são excluídos

da universalidade da comunhão. Dessarte, a título ilustrativo, no tocante aos honorários que um profissional liberal tem a receber, ainda que o trabalho profissional tenha sido prestado predominantemente durante a constância do casamento, se o recebimento da remuneração ocorre quando finda a sociedade conjugal, o outro cônjuge nenhum direito titula sobre o dinheiro correspondente (COELHO, Fábio Ulhoa *Curso de direito civil*: Família e Sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 88-89).

Por dever de lealdade, consigno que, de fato, quando do julgamento do acórdão paradigma, REsp n. 1.121.179/SP, analisando pela ótica da penhorabilidade da verba, este Colegiado perfilhou o entendimento de que a reserva de poupança de plano de benefício de previdência complementar não ostenta nítido caráter alimentar, constituindo aplicação financeira de longo prazo, passível até mesmo de penhora. Na ocasião, aderindo ao voto-condutor, ponderei que se percebe que o PGBL é tratado como produto que os bancos oferecem como fundo de investimento, com possibilidade de resgate.

O precedente tem a seguinte ementa:

> Recurso especial. Ex-diretor de banco. Intervenção. Posterior falência. Indisponibilidade de todos os bens dos administradores (Lei n. 6.024/74, art. 36). Fundo de Previdência Privada. PGBL. Natureza de poupança previdenciária. Impenhorabilidade (Lei n. 6.024/74, art. 36, § 3º; CPC, art. 649, IV). Inocorrência. Verba que não detém nítido caráter alimentar.
>
> 1. O art. 36 da Lei n. 6.024/74 estabelece que a indisponibilidade atinge todos os bens das pessoas nele indicadas, não fazendo distinção seja acerca da duração do período de gestão, seja entre os haveres adquiridos antes ou depois do ingresso na administração da instituição financeira sob intervenção ou liquidação extrajudicial ou em falência.
>
> 2. Essa rígida indisponibilidade, que, de lege ferenda, talvez esteja a merecer alguma flexibilização por parte do legislador, tem como fundamento a preservação dos interesses dos depositantes e aplicadores de boa-fé, que mantinham suas economias junto à instituição financeira falida, sobre a qual pairam suspeitas de gestão temerária ou fraudulenta.
>
> 3. Por outro lado, consoante se vê do § 3º do mesmo art. 36, os bens considerados impenhoráveis, como é o caso daqueles relacionados no art. 649, inciso IV, do CPC, não se incluem no severo regime de indisponibilidade de bens imposto pela Lei 6.024/74 aos administradores de instituição financeira falida.
>
> 4. O saldo de depósito em PGBL - Plano Gerador de Benefício Livre não ostenta nítido caráter alimentar, constituindo aplicação financeira de longo prazo, de relevante natureza de poupança previdenciária, porém susceptível de penhora.

> O mesmo sucede com valores em caderneta de poupança e outros tipos de aplicações e investimentos, que, embora possam ter originalmente natureza alimentar, provindo de remuneração mensal percebida pelo titular, perdem essa característica no decorrer do tempo, justamente porque não foram utilizados para manutenção do empregado e de sua família no período em que auferidos, passando a se constituir em investimento ou poupança.
>
> 5. Assim, a lei considera irrelevante o fato de os valores em fundo de plano de previdência privada terem sido depositados antes de o recorrente ter ingressado na gestão do Banco Santos, na qual permaneceu por apenas cinquenta e dois dias.
>
> 6. Recurso especial a que se nega provimento.
>
> (REsp 1.121.719/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 15/03/2011, DJe 27/04/2011)

No entanto, ressalto que a questão acerca da reserva de poupança, segundo entendo, sofreu um amadurecimento jurisprudencial no âmbito da Segunda Seção desta Corte, o que permite um novo olhar sobre o relevante tema.

Com efeito, o precedente mencionado foi reformado pela Segunda Seção, em Embargos de Divergência, relatora Ministra Nancy Andrighi, em que se estabeleceu que o regime de previdência privada complementar é, nos termos do art. 1º da LC n. 109/2001, "baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do *caput* do art. 202 da Constituição Federal", que, por sua vez, está inserido na seção que dispõe sobre a Previdência Social. A decisão tem a seguinte ementa:

> Processual Civil. Embargos de divergência em recurso especial. Saldo em fundo de previdência privada complementar. Impenhorabilidade. Indisponibilidade de bens determinada à luz do art. 36 da Lei 6.024/74. Medida desproporcional.
>
> 1. O regime de previdência privada complementar é, nos termos do art. 1º da LC 109/2001, "baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do *caput* do art. 202 da Constituição Federal", que, por sua vez, está inserido na seção que dispõe sobre a Previdência Social.
>
> 2. Embora não se negue que o PGBL permite o "resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante" (art. 14, III, da LC 109/2001), essa faculdade concedida ao participante de fundo de previdência privada complementar não tem o condão de afastar, de forma inexorável, a natureza essencialmente previdenciária e, portanto, alimentar, do saldo existente.
>
> 3. Por isso, a impenhorabilidade dos valores depositados em fundo de previdência privada complementar deve ser aferida pelo Juiz casuisticamente, de modo que, se as provas dos autos revelarem a necessidade de utilização do saldo

para a subsistência do participante e de sua família, caracterizada estará a sua natureza alimentar, na forma do art. 649, IV, do CPC.

4. Ante as peculiaridades da espécie (curto período em que o embargante esteve à frente da instituição financeira e sua ínfima participação no respectivo capital social), não se mostra razoável impor ao embargante tão grave medida, de ter decretada a indisponibilidade de todos os seus bens, inclusive do saldo existente em fundo de previdência privada complementar - PGBL.

5. Embargos de divergência conhecidos e providos.

(EREsp 1.121.719/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 12/02/2014, DJe 04/04/2014)

Nesse mencionado precedente, Sua Excelência dispôs:

2. Da indisponibilidade do fundo de previdência privada complementar

O regime de previdência privada complementar é, nos termos do art. 1º da LC 109/2001, "*baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do caput do art. 202 da Constituição Federal*", que, por sua vez, está inserido na seção que dispõe sobre a Previdência Social.

Como bem esclareceu o i. Relator, Min. Raul Araújo, na aplicação em PGBL – Plano Gerador de Benefício Livre – o participante realiza depósitos periódicos, os quais são aplicados e transformam-se em uma reserva financeira, que poderá ser por ele antecipadamente resgatada ou recebida em data definida, seja em uma única parcela, seja por meio de depósitos mensais.

Em qualquer hipótese, não se pode perder de vista que, em geral, o participante adere a esse tipo de contrato com o intuito de resguardar o próprio futuro e/ou de seus beneficiários, garantindo o recebimento de certa quantia, que julga suficiente para a manutenção futura do atual padrão de vida. Essa é, aliás, a finalidade precípua dos fundos de previdência privada, e o principal diferenciador das aplicações financeiras convencionais.

Assim, não se nega que o PGBL permite o "*resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante*" (art. 14, III, da LC 109/2001), no entanto, essa faculdade concedida ao participante não tem o condão de afastar, de forma absoluta, a natureza essencialmente previdenciária e, portanto, alimentar, do saldo existente naquele fundo.

Veja-se que a mesma razão que protege os proventos advindos da aposentadoria privada deve valer para a reserva financeira que visa justamente a assegurá-los, sob pena de se tornar inócua a própria garantia da impenhorabilidade daqueles proventos.

Outrossim, se é da essência do regime de previdência complementar a inscrição em um plano de benefícios de caráter previdenciário, não é lógico afirmar que os valores depositados pelo participante possam, originalmente, ter

> natureza alimentar, e, com o decorrer do tempo, "*justamente porque não foram utilizados para a manutenção do empregado e de sua família no período em que auferidos*", passem a se constituir em investimento ou poupança, como decidiu o acórdão embargado.
>
> Por isso, a impenhorabilidade dos valores depositados em fundo de previdência privada complementar deve ser aferida pelo Juiz casuisticamente, de modo que, se as provas dos autos revelarem a necessidade de utilização do saldo para a subsistência do participante e de sua família, caracterizada estará a sua natureza alimentar.
>
> Ou seja, a menos que fique comprovado que, no caso concreto, o participante resgatou as contribuições vertidas ao Plano, sem consumi-las para o suprimento de suas necessidades básicas, valendo-se, pois, do fundo de previdência privada como verdadeira aplicação financeira, o saldo existente se encontra abrangido pelo art. 649, IV, do CPC.

5. Com efeito, proclama o art. 202 da CF que o regime de previdência complementar é *baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado* e regulado por lei complementar.

Como fica nítido, o dispositivo constitucional, na mesma linha do art. 1º da Lei Complementar n. 109/2001 - dispositivo tido por violado -, consagra o regime financeiro de capitalização, o que constitui o pilar da previdência complementar.

De fato, como se extrai do pontuado no abalizado escólio de Adacir Reis, os recursos são capitalizados, isto é, investidos como lastro para que os benefícios sejam pagos, sem perderem a característica de recurso previdenciário – havendo inclusive uma projeção de rentabilidade até a elegibilidade do benefício, o que se constitui de extrema relevância para a formação da reserva de benefício a conceder. Veja-se:

> Está no art. 202 da CF/1988: a constituição de reservas deve garantir o benefício contratado.
>
> [...]
>
> A previdência complementar é baseada no regime de capitalização.
>
> O § 1º do art. 18 da LC 109/2001 estabelece: "o regime financeiro de capitalização é obrigatório para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programada e continuadas".
>
> Portanto, para pagamento de benefícios de aposentadoria complementar, é indispensável o prévio custeio, o que significa mobilizar e gerenciar recursos financeiros, *aqui chamados de recursos previdenciários*.

> ***As contribuições e os rendimentos decorrentes das aplicações constituem o lastro para que os benefícios previdenciários sejam pagos***.
>
> [...]
>
> *Como o dinheiro não pode ficara parado, nem guardado debaixo do colhão, entra em cena a área de investimentos da entidade previdenciária*.
>
> Cada plano de previdência complementar possui seus recursos garantidores (REIS, Adacir. *Curso básico de previdência complementar*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 88).

Conforme a uníssona doutrina especializada, o fim da formação do fundo para assegurar benefício previdenciário não é o enriquecimento, mas a manutenção de um padrão equivalente de vida em fase madura da vida.

A leitura do art. 1º, § 1º, da Lei n. 12.618/2012, que institui o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais, deixa claro que se estabeleceu a possibilidade de o servidor que tenha ingressado no serviço público antes da vigência da lei, mediante prévia e expressa opção, poder aderir ao regime de que trata esse artigo, passando a contribuição previdenciária superior ao limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, a ser vertida pelo servidor no regime de previdência complementar. O art. 92 da Lei n. 13.328/2016 inclusive propiciou ao servidor público federal a reabertura de prazo para opção pelo regime de previdência complementar.

Como é inequívoco, a formação da reserva matemática para prover o benefício constitui, a um só tempo, instrumento de política para prevenção da pobreza, de proteção à família e de formação da poupança nacional para fomento da economia.

Aliás, cumpre observar que o benefício do regime geral de previdência social, a par de ser limitado por teto, é corrigido tão somente pelo índice de inflação INPC, conforme o art. 41-A da Lei n. 8.213/1991, tendo o piso (salário mínimo) historicamente sofrido reajustes mais robustos. É dizer, a par de o benefício oficial decorrer de uma média de remunerações, no longo prazo, tende a ir-se aproximando do poder de compra do piso.

Especialmente em relação ao benefício da previdência complementar, por todos, é lapidar o escólio de Rolf Madaleno propugnando o caráter personalíssimo e incomunicável da verba, que "*não produzem nenhum incremento patrimonial, mas formam, em realidade, um fundo de pensão que será gerido por um terceiro, estando o pagamento do fundo condicionado às vicissitudes futuras*

e estritamente pessoais, provenientes da aposentadoria, invalidez ou morte do participante". "*Os fundos de pensão foram justamente criados para oportunizar uma forma complementar ou às vezes única de lograr um recurso futuro ou uma aposentadoria em valores mais dignos, efetivamente capazes de garantir uma renda de subsistência*." *Confira-se a íntegra da transcrição*:

> Os fundos privados de pensão são benefícios de caráter personalíssimo e visam à subsistência da pessoa em certa passagem de sua vida, eis se tratar de renda pessoal e incomunicável, tal como acontece com os proventos do trabalho de cada cônjuge e, portanto, nessa linha de pensamento também não se comunicam. Interessante discussão doutrinária deita sobre a incomunicabilidade dos fundos particulares de pensão, que respeitam a chamada *previdência privada*, formada pelo próprio beneficiário com reservas periódicas que faz de seus recursos pessoais ao longo dos anos, de forma a converter este pecúlio em renda vitalícia ou por certo período de tempo, quando ele atingir determinada idade, ou quando o fundo é constituído por aportes depositados pela empresa na qual trabalha o beneficiário. O sistema de previdência social brasileiro é misto, composto por um Regime Geral de Previdência Social, que é um regime público e compulsório, a cargo da autarquia Instituto nacional de Seguro Social (INSS), que cobre a perda da capacidade de gerar meios para a subsistência até um teto máximo, mas que não se concilia com a pretensão daqueles que almejam uma renda maior. Para estes, ao lado da previdência pública foi previsto o chamado Regime Complementar privado e facultativo, gerido por entidades abertas e fechadas de previdência.
>
> [...]
>
> *O plano de previdência privada tenciona haver o direito futuro de receber prestações que nascem da acumulação de uma poupança e que nos planos abertos variam entre a modalidade VGBL ou PGBL. O resgate está diretamente relacionado a certas contingências da vida [...] como aposentadoria, a incapacidade ou a morte. Conforme observa Marcos de Campos Ludwig, o contrato de previdência privada é celebrado pela preocupação da pessoa quanto à sua segurança financeira no futuro, e o fundamento do plano de previdência é o de prover mediante aportes e aplicações atuais e periódicas, a cobertura no futuro, de um benefício devido diante das conjunturas da aposentadoria, incapacidade ou morte, em favor do próprio contribuinte ou de terceiro por ele indicado. Estas prestações pagas ao largo da vida do contribuinte da previdência privada não produzem nenhum incremento patrimonial, mas formam, em realidade, um fundo de pensão que será gerido por um terceiro, estando o pagamento do fundo condicionado às vicissitudes futuras e estritamente pessoais, provenientes da aposentadoria, invalidez ou morte do participante*.
>
> [...]

> *Os fundos de pensão foram justamente criados para oportunizar uma forma complementar ou às vezes única de lograr um recurso futuro ou uma aposentadoria em valores mais dignos, efetivamente capazes de garantir uma renda de subsistência, mas estes fundos geralmente são construídos ao longo dos anos e durante a fase produtiva do investidor*. Tratando-se de fundo de pensão, e tendo exatamente esta função de segurança futura, não podem ser considerados como comunicáveis, apenas porque estes investimentos, enquanto construídos com as periódicas contribuições, pensa uma vertente doutrinária e jurisprudencial não passar de uma aplicação financeira, um ativo construído em longo prazo, existindo aqueles que se protegem do porvir investindo no ramo imobiliário, para perceber aluguéis, outros montam carteiras de ações para perceber dividendos e terceiros que optam por investimentos em renda fixa ou variável. [...]
>
> A previdência privada está excluída da comunhão pelo inciso VII do artigo 1.659 do Código Civil, quando trata das pensões, meios-soldos, montepios e *outras rendas semelhantes*. A previdência tem e deve ter bases mais sólidas e sobre ela deve incidir a crença de que estes recursos realmente se destinam à futura aposentadoria, que foi planejada para uma estimativa da porvindoura jubilação, e não para perceber meia-aposentadoria, *e desta forma assegurar a renda contratada e programada* [...].
>
> [...] porque se trata de um direito que tem por objeto o ressarcimento de danos personalíssimos do titular do plano, como no caso de sua incapacidade para o trabalho, parcial ou total, ou sua aposentadoria, que o exclui pela idade da capacidade de continuar produzindo, ou por decorrência de sua morte. São bens privativos inerentes à pessoa e não podem ser transmitidos *inter vivos*, já que o direito a perceber as prestações futuras nasce do plano que está direta e exclusivamente relacionado com as circunstâncias pessoais do participante do plano, embora o contribuinte possa indicar quem serão os seus beneficiários em caso de morte e o percentual de participação de cada um. *Acaso o titular do plano venha a falecer no curso do casamento e sua esposa tenha sido indicada como beneficiária, será ela a única credora deste fundo e ninguém certamente haverá de afirmar que metade deste fundo deva ingressar no inventário do sucedido* (MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 771-775).

Dessarte, segundo penso, a formação da cultura previdenciária é questão de interesse público, que não deve ser desestimulada. Como assentado em precedente da Terceira Turma, REsp n. 1.477.937/MG, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, a previdência privada possibilita a constituição de reservas para contingências da vida por meio de entidades organizadas de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, e o art. 1.659, inciso VII, do CC/2002 expressamente exclui da comunhão de bens as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes, como, por analogia, é o caso da previdência complementar fechada:

Recurso especial. Direito de Família. União estável. Regime de bens. Comunhão parcial. Previdência privada. Modalidade fechada. Contingências futuras. Partilha. Art. 1.659, VII, do CC/2002. Benefício excluído. Meação de dívida. Possibilidade. Súmula n. 7/STJ. Preclusão consumativa. Fundamento autônomo.

1. Cinge-se a controvérsia a identificar se o benefício de previdência privada fechada está incluído dentro no rol das exceções do art. 1.659, VII, do CC/2002 e, portanto, é verba excluída da partilha em virtude da dissolução de união estável, que observa, em regra, o regime da comunhão parcial dos bens.

2. A previdência privada possibilita a constituição de reservas para contigências futuras e incertas da vida por meio de entidades organizadas de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social.

3. As entidades fechadas de previdência complementar, sem fins lucrativos, disponibilizam os planos de benefícios de natureza previdenciária apenas aos empregados ou grupo de empresas aos quais estão atrelados e não se confundem com a relação laboral (art. 458, § 2º, VI, da CLT).

4. O artigo 1.659, inciso VII, do CC/2002 expressamente exclui da comunhão de bens as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes, como, por analogia, é o caso da previdência complementar fechada.

5. O equilíbrio financeiro e atuarial é princípio nuclear da previdência complementar fechada, motivo pelo qual permitir o resgate antecipado de renda capitalizada, o que em tese não é possível à luz das normas previdenciárias e estatutárias, em razão do regime de casamento, representaria um novo parâmetro para a realização de cálculo já extremamente complexo e desequilibraria todo o sistema, lesionando participantes e beneficiários, terceiros de boa-fé, que assinaram previamente o contrato de um fundo sem tal previsão.

6. Na partilha, comunicam-se não apenas o patrimônio líquido, mas também as dívidas e os encargos existentes até o momento da separação de fato.

7. Rever a premissa de falta de provas aptas a considerar que os empréstimos beneficiaram a família, demanda o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que atrai o óbice da Súmula n. 7 deste Superior Tribunal.

8. Recurso especial não provido.

(REsp 1.477.937/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 27/04/2017, DJe 20/06/2017)

De fato, a formação do fundo não é um fim em si mesmo e, da leitura da Constituição Federal, a previdência complementar, embora seja relação contratual de direito civil autônoma, está disciplinada no art. 202, integrante topograficamente do Título VIII, relativo à ordem social. O fundo comum é formado com finalidade protetivo-previdenciária.

É lapidar a lição de de Jerônimo Jesus dos Santos:

> A atenção com o futuro faz parte da vida moderna. *Mais que a simples sobrevivência, homens e mulheres procuram hoje garantir seus padrões de vida, tidos como um direito reconhecido.*
>
> *No mundo inteiro, inclusive no brasil, os sistemas de previdência se desenvolveram a partir do reconhecimento desse direito de qualquer pessoa a um nível de vida digno*.
>
> [...]
>
> *A previdência privada aberta representa a oportunidade de profissionais liberais, desvinculados de empresas, também, assegurarem seu futuro e o de suas famílias*.
>
> [...]
>
> Aliás, nos países mais desenvolvidos, o montante acumulado na previdência privada se aproxima, em termos de valor, do próprio PIB da nação. Além das vantagens inerentes aos planos previdenciários.
>
> *De efeito, como por exemplo, a previdência complementar pode amparar um beneficiário que, devido a um acidente, não pode mais trabalhar, e passa a usufruir dos benefícios da previdência complementar. Isto ocorre quando ele possui um plano de previdência complementar, possibilitando preservar, a partir daquele momento, o sustento da família*.
>
> *Outro exemplo da vantagem da previdência complementar é quando um beneficiário (filho ou esposa) que hoje usufrui dos benefícios em decorrência da morte do participante (pai ou marido)*.
>
> [...]
>
> Previdência é, na realidade, uma garantia essencialmente voltada para um evento futuro e, como tal, guarda uma certa semelhança com a garantia do seguro, embora ambos tenham objetivos e princípios distintos, pois o seguro visa proteger o segurado contra um evento futuro, incerto e imprevisível, que é determinado com base no risco, enquanto que *a previdência oferece proteção contra um evento futuro, relativamente, certo e determinado, que é a velhice. Aqui, velhice significa a sobrevivência ao período de vida dita ativa, ou seja, ao se contratar um plano de previdência a principal pretensão é a manutenção do poder aquisitivo na inatividade*.
>
> [...]
>
> ***Sob o aspecto material, entretanto, não há como negar que previdência e assistência social são institutos do mesmo gênero e, se alguma diferença existe entre ambos, esta somente pode ser entendida como a diferença que distingue o gênero da espécie***.
>
> *A assistência social é, indubitavelmente, "uma espécie do gênero previdência. basta que se leia o artigo 201, da Constituição de 1988 e seus incisos, que definem*

o instituto da previdência social e se compare o seu teor com o do artigo 203, e seus incisos, que dispõe, sobre a assistência social, e chegar-se-á a essa conclusão" (Reis & Borges, 2002:12).

Oportuno se faz aqui lembrar que esta LC n. 109, de 2001 não trata do sistema previdenciário privado brasileiro.

Considera-se sistema quando existir um princípio unificador no relacionamento dos elementos que o compõem (ordem e unidade). *Neste ponto, a norma fundamental é o princípio unificador que dá origem à ordem constitucional*.

[...]

Arion Sayão Romita (2002:2) registra que dois são os ramos em que se bifurca a previdência social no Brasil: um, oficial e outro, privado. O primeiro, obrigatório, é gerido pelo Estado, por intermédio de órgãos descentralizados (administração indireta, isto é, autarquias). O outro, facultativo, é desenvolvido por pessoas jurídicas de direito privado (sociedades anônimas, sociedades civis ou fundações).

[...]

Ora, tanto o legislador constitucional quanto o desta lei Complementar tiveram o cuidado de resguardar os direitos dos optantes do regime de previdência complementar quando impõem que a entidade constitua reservas conhecida como reservas técnicas. Estas são reservas econômico-financeiras que objetivam garantir o pagamento dos benefícios contratados.

Aliás, as chamadas Reservas Técnicas são, na verdade, Provisões Técnicas, pois trata-se aqui de obrigações potenciais das Entidades com os seus participantes.

As entidades recolhendo uma pequena contribuição de cada participante, correspondente à probabilidade de ocorrência e os efeitos do evento danoso e outros elementos estatísticos, garantem o pagamento dos benefícios aos participantes.

Contudo, para que essa garantia seja eficaz, as entidades estão obrigadas a constituir Provisões Técnicas (SANTOS, Jerônimo Jesus dos. *Previdência privada*: Lei da Previdência Complementar Comentada. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2005, p. 43-76).

É nítido que a previdência social compreende o regime geral de previdência social e o regime facultativo complementar. Aliás, o art. 2º da Lei Complementar n. 109/2001 estabelece que o regime de previdência complementar é operado por entidades de previdência complementar que têm por objetivo instituir e executar *planos de benefícios de caráter previdenciário*, na forma dessa lei Complementar.

O art. 69 da Lei Complementar n. 109/2001 deixa explícito que, independentemente de o plano de benefícios ser administrado por entidade fechada (sem fins lucrativos) ou aberta (instituição financeira), as contribuições

vertidas para as entidades de previdência complementar são destinadas ao custeio dos planos de benefícios de natureza previdenciária, explicitando o caráter personalíssimo e incomunicável da verba ao estabelecer, no parágrafo 2º, que a portabilidade de recursos de reservas técnicas, fundos e provisões entre planos de benefícios de entidades de previdência complementar devem ser titulada pelo mesmo participante.

Não se pode também perder de vista que o art. 6º da CF estabelece que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, *a previdência social*, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, estando topograficamente localizados no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais - da Lei Maior.

Nesse passo, é cediça a natureza previdenciária dos planos de benefícios instituídos e executados pelas entidades de previdência complementar (arts. 1º e 2º da LC n. 109/2001), a apontar o caráter alimentar e personalíssimo desses recursos, mormente ante o disposto no art. 114 da Lei n. 8.213/1991, que, dispondo sobre os planos de benefícios da previdência social, confere-lhes a proteção da impenhorabilidade:

> Art. 114. Salvo quanto a valor devido à Previdência Social e a desconto autorizado por esta Lei, ou derivado da obrigação de prestar alimentos reconhecida em sentença judicial, *o benefício não pode ser objeto de penhora, arresto ou seqüestro, sendo nula de pleno direito a sua venda ou cessão, ou a constituição de qualquer ônus sobre ele, bem como a outorga de poderes irrevogáveis ou em causa própria para o seu recebimento.*

6. Por outro giro, no tocante às ponderações contidas na sentença acerca de ensejar possível ocorrência de fraude - similares à da corrente doutrinária que propugna que a verba integre a partilha em caso de dissolução da sociedade conjugal -, respeitado o entendimento diverso, não se pode ignorar que há uma presunção geral de boa-fé nos atos praticados pelos cidadãos, e não o contrário, constituindo-se a possibilidade de resgate da verba forma anômala de extinção da relação contratual previdenciária, que, bem refletindo sobre o tema, não pode ser tomada como se fosse a regra para solucionar as questões que envolvem a dissolução do vínculo conjugal

Como adverte Rolf Madaleno, "pensar desta forma seria inviabilizar qualquer investimento em fundos de pensão, porque ninguém poderia romper sociedade afetiva, pois sofreria o ônus de ter de partilhar sua previdência privada e abortar sua futura aposentadoria" (MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 771-775).

O resgate - isto é, a extinção do vínculo ou da proteção previdenciária - é fortemente desestimulado pela lei, sendo certo que, salvo previsão regulamentar mais benéfica, o art. 14, III, da Lei Complementar n. 109/2001 garante apenas - claramente como forma de evitar tão somente o enriquecimento sem causa - o resgate das contribuições vertidas para o plano pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada. É o que também orienta a Súmula n. 289/STJ, disciplinando que as contribuições do ex-participante devem ser devolvidas com atualização monetária.

Muito embora o art. 14, III, da Lei Complementar n.109/2001 preveja que os regulamentos dos planos de benefícios deverão estabelecer o resgate da totalidade das contribuições vertidas pelo ex-participante para o plano de benefícios, dispõe que caberá aos órgãos públicos regulador e fiscalizador estabelecer regulamentação específica disciplinando acerca do resgate. Nesse diapasão, dispositivo de resolução vigente do Conselho Nacional de Previdência Complementar - órgão regulador do regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas - estabelece que, no caso de plano de benefícios instituído por patrocinador, o regulamento deverá condicionar o pagamento do resgate à cessação do vínculo empregatício (REsp n. 1.189.456/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 12/5/2015, DJe 11/6/2015).

Ademais, nos planos de benefícios instituídos por instituidor, o art. 23 da Resolução CGPC n. 6/2003, estabelece que o regulamento do plano de benefícios deverá prever prazo de carência para o pagamento do resgate de seis meses a dois anos, contado a partir da data de inscrição no plano de benefícios.

Por um lado, como claro estímulo à cultura previdenciária decorrente de política pública, desde a Lei n. 9.250/1995, as contribuições vertidas para os planos de previdência complementar deixaram de compor a base de cálculo para efeito de imposto de renda da pessoa física (o que, evidentemente, beneficia reflexamente o outro cônjuge). Ademais, para mero investimento, não há falar em instituto similar ao da portabilidade, em que, sem incidência de tributação, conforme o art. 69, § 2º, da LC n. 109/2001, evitando-se o resgate ou a cessação de vínculo previdenciário, é possível a transferência de recursos de reservas técnicas, fundos e provisões entre planos de benefícios de entidades de previdência complementar.

Por outro lado, enquanto investimentos em renda fixa e renda variável se sujeitam à tributação de Imposto de Renda, em geral de 15% sobre o ganho de capital, "a tributação do IR sobre Resgate é calculada pela Tabela de

Assalariados, sendo aplicado ao valor total resgatado" (SANTOS, Jerônimo Jesus dos. *Previdência privada*: Lei da Previdência Complementar Comentada. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2005, p. 513-514).

Ademais, como é cediço, o patrocínio de planos de benefícios de previdência privada constitui importante elemento/estratégia para atração e manutenção de talentos para as empresas patrocinadoras, que podem propiciar benefício econômico indireto a seus empregados, sem os pesados encargos trabalhistas.

No caso dos planos patrocinados, como há a coparticipação do patrocinador, é inegável que, em vista dessa vantagem, o mais das vezes, a adesão, embora facultativa, é quase que irresistível.

Não se pode também perder de vista que a vinculação de um dos cônjuges ao regime de previdência complementar constitui proteção à família, visto que, em regra, os regulamentos dos planos de benefícios preveem algum benefício previdenciário ao viúvo/ à viúva, e que o art. 226 da CF estabelece que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado.

6. No entanto, no presente caso, a questão não fica assim resolvida, em vista de que é incontroverso que a reserva matemática (de poupança) foi inequivocamente resgatada - o que também se deduziria da incontroversa tributação que incidiu sobre o montante -, perdendo o caráter previdenciário.

No caso, conforme documento de fl. 68 e o apurado na sentença, o recorrido resgatou, em novembro de 2009, o valor de R$ 417.011,48 (quatrocentos e dezessete mil, onze reais e quarenta e oito centavos), existente em fundo de previdência privada administrado pela Fundação Francisco Martins Bastos, patrocinado por sua ex-empregadora. Com a dedução do imposto de renda no valor de R$ 114.015,22 (cento e quatorze mil, quinze reais reais e vinte e dois centavos), o réu recebeu o montante líquido "de R$ 302.996,26 (trezentos e dois mil novecentos e noventa e seis reais e vinte e seis centavos)" (fl. 325).

Como é cediço, o instituto do resgate implica o desligamento do participante do regime jurídico de previdência privada, com o recebimento dos valores que verteu para o plano de benefícios (Súmula n. 289/STJ), ficando certo, pois, que a verba deixa de ter finalidade previdenciária protetivo-previdenciária (REsp n. 1.190.083/RJ, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/8/2015, DJe 29/9/2015).

A doutrina especializada anota que "*o resgate é o saque, presumivelmente para atender alguma necessidade do participante que não seja de cunho previdenciário*. Assim, o *resgate é a quebra da vocação previdenciária dos recursos alocados em um*

plano de previdência complementar, pois opera-se o cancelamento da inscrição do participante, com seu desligamento do plano de benefícios e consequente disponibilização dos recursos aportados. Nos termos da Res. CGPC 06/2003 (art. 19), o resgate é o instituto que faculta ao participante o recebimento de valor decorrente de seu desligamento do plano de benefícios" (REIS, Adacir. *Curso básico de previdência complementar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 79).

Mutatis mutandis, mencionam-se os seguintes precedentes das duas Turmas de Direito Privado:

> Recurso especial. Civil e Processual Civil. Previdência privada fechada. Negativa de prestação jurisdicional. Inexistência. Ação de rescisão contratual. Resgate da reserva de poupança. Decretação de intervenção na entidade de previdência complementar. Liquidação extrajudicial do fundo previdenciário. Efeitos. Suspensão da ação. Habilitação automática do crédito do participante. Perda do interesse processual. Não ocorrência. Levantamento da liquidação. Possibilidade.
>
> 1. Cinge-se a controvérsia a saber se há perda superveniente de interesse processual do participante de plano de previdência privada que postula a rescisão contratual e o resgate da reserva de poupança na ocorrência de decretação de liquidação extrajudicial do plano de benefícios (no caso, dos planos I e II outrora patrocinados pela Varig S.A., geridos pelo Instituto Aerus de Seguridade Social, atualmente sob intervenção).
>
> 2. A liquidação extrajudicial pode se dar em entidades de previdência complementar ou em um plano de benefícios em específico, sobretudo, no último caso, em entes multipatrocinados e de multiplano, desde que reste evidenciada a inviabilidade de sua continuidade. Precedentes.
>
> 3. Caracteriza *error in procedendo* o prosseguimento do feito que discute direitos e interesses relativos ao acervo da liquidanda após a decretação da liquidação extrajudicial do plano previdenciário ou do ente de previdência privada, pois, nos termos do art. 49, I, da Lei Complementar n. 109/2001, a suspensão imediata é a medida de rigor. No caso dos autos, desde a contestação.
>
> 4. Quando decretada a liquidação extrajudicial, não só os assistidos mas também os participantes dos planos de benefícios já ficam dispensados de habilitarem seus créditos, estejam estes sendo recebidos ou não, no quadro geral de credores, gozando de privilégio especial sobre os ativos garantidores das reservas técnicas e, caso estes não sejam suficientes para a cobertura dos direitos respectivos, privilégio geral sobre as demais partes não vinculadas ao ativo (art. 50, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar n. 109/2001).
>
> 5. *Se já existir decisão judicial transitada em julgado deferindo o resgate da reserva de poupança quando decretada a liquidação extrajudicial do plano, o credor deve, por si, proceder à habilitação, visto que não ostenta mais a condição de participante, dado o rompimento do vínculo contratual, o que afasta a aplicação dos benefícios do*

art. 50 da Lei Complementar n. 109/2001. Nessa hipótese, o crédito não mais goza de privilégio, por perder a vocação previdenciária, mas enquadra-se como quirografário.

6. Não pode ser extinto o feito por perda superveniente de interesse de agir se ainda subsistir a possibilidade de levantamento da liquidação extrajudicial, a exemplo da constatação de fatos posteriores que viabilizem a recuperação da entidade de previdência complementar (art. 52 da Lei Complementar n. 109/2001). Precedentes da Quarta Turma.

7. Recurso especial provido para anular o acórdão estadual e a sentença, devendo o processo retornar à origem e permanecer suspenso até o encerramento ou até o levantamento da liquidação extrajudicial.

(REsp 1.326.890/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10/05/2016, DJe 23/05/2016)

Previdência privada. Recurso especial. Omissão. Inexistência. Liquidação extrajudicial de plano de benefícios, após o ajuizamento de ação vindicando resgate. A decretação da liquidação extrajudicial da entidade de previdência privada ou de plano de benefícios implica suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo e vencimento antecipado das obrigações. A teor da legislação de regência, caso ainda não haja decisão com trânsito em julgado deferindo o resgate, cumpre ser suspensa a tramitação processual, não necessitando o participante praticar nenhum outro ato para resguardar seus interesses. Todavia, nas hipóteses em que, por ocasião da decretação da liquidação extrajudicial, já exista decisão sob o manto da coisa julgada, cabe ao credor habilitar seu crédito, que não gozará de privilégio, nem do benefício concedido pelo art. 50, § 1º, da Lei Complementar n. 109/2001.

[...]

3. Dessarte, a teor da legislação de regência, caso ainda não haja decisão com trânsito em julgado deferindo o resgate, isto é, rompendo o vínculo contratual entre participante e entidade de previdência complementar, cumpre ser suspensa a tramitação processual, não necessitando o participante praticar nenhum outro ato para resguardar seus interesses. Todavia, nas hipóteses em que, por ocasião da decretação da liquidação extrajudicial, já exista decisão sob o manto da coisa julgada material, cabe ao credor habilitar seu crédito, que não gozará de privilégio, nem do benefício concedido pelo art. 50, § 1º, da Lei Complementar n. 109/2001 (que dispensa aqueles que ostentam a qualidade de participantes e assistidos do plano de benefício em liquidação "de se habilitarem a seus respectivos créditos, estejam estes sendo recebidos ou não").

4. Não é cabível a vindicada extinção do processo por superveniente perda do interesse de agir. Isso porque, em tese, subsiste a hipótese prevista no art. 52 da Lei Complementar n. 109/2001, de a liquidação extrajudicial, a qualquer tempo, ser levantada, desde que constatados fatos supervenientes que viabilizem a recuperação da entidade de previdência complementar.

> 5. É prematura a apreciação da segunda tese recursal acerca da impossibilidade jurídica do pedido, em vista do fato de o autor, por ocasião do ajuizamento da ação, já ser elegível ao benefício e, nos moldes do disposto em resolução do órgão público regulador, não poder mais efetuar o resgate. De fato, é matéria que não foi nem mesmo prequestionada, e o seu enfrentamento exigiria exame de provas e interpretação do regulamento do plano de benefícios para constatação da alegada elegibilidade ao benefício.
>
> 6. Recurso especial provido para anular o acórdão e a sentença.
>
> (REsp 1.190.083/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/08/2015, DJe 29/09/2015)

No mesmo diapasão, no âmbito do direito de família, mesmo a corrente doutrinária que propugna a incomunicabilidade da verba, bem representada por Rolf Madaleno, pondera que somente é "passível a partilha do dinheiro juntado no fundo se o investidor resgatá-lo antes do prazo contratado, pois neste caso se configurou um mero investimento, que não corresponde ao exercício antecipado do direito ao benefício" (MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 771-775).

Ademais, segundo entendo, não calha considerar essa verba, em caso de resgate, como incomunicável por ser provento do trabalho, como cogitado por parte minoritária da doutrina, posto ser interpretação incompatível com o art. 202, § 2º, da CF, que estabelece que as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, *à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes*, nos termos da lei.

Dessarte, como reforço de argumento, conforme entendimento sufragado pela Segunda Seção, no suso mencionado EREsp n. 1.121.719/SP, "a menos que fique comprovado que, no caso concreto, o participante resgatou as contribuições vertidas ao Plano, sem consumi-las para o suprimento de suas necessidades básicas, valendo-se, pois, do fundo de previdência privada como verdadeira aplicação financeira, o saldo existente se encontra abrangido pelo art. 649, IV, do CPC".

No caso em julgamento, a separação judicial com partilha de bens ocorreu em 31 de agosto de 2005, e o resgate foi solicitado em 26/11/2009 (quando exsurgiu a pretensão da autora), não havendo sonegação de bens na ocasião, tampouco há falar no prazo decadencial ânuo para anular a partilha suscitado em contrarrazões.

Com efeito, a par de o prescricional, na linha da jurisprudência do STJ, de dez anos não ter escoado, há ainda a circunstância bastante peculiar de a pretensão ter exsurgido apenas de modo superveniente à dissolução da sociedade conjugal.

Veja-se o seguinte precedente:

> Civil. Processual Civil. *Ação de sobrepartilha*. Prescrição. Término da sociedade conjugal e dissolução do casamento válido. Diferença restrita ao aspecto de reversibilidade do matrimônio. Consequências patrimoniais idênticas, inclusive no que diz respeito ao fim do regime de bens do casamento e possibilidade de partilha. Separação judicial e partilha parcial homologadas judicialmente, com decretação de divórcio posterior. Termo inicial da prescrição da ação de sobrepartilha. Data da homologação da separação e partilha. Vínculo matrimonial remanescente. Irrelevância para fins patrimoniais. Questões suscitadas, mas não examinadas na origem. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Dessemelhança fática entre o acórdão recorrido e o paradigma. Inexistência de dissenso jurisprudencial.
>
> 1- Ação distribuída em 17/09/2013. Recurso especial interposto em 30/08/2017 e atribuído à Relatora em 29/01/2018.
>
> 2- O propósito recursal é definir se o termo inicial do prazo prescricional da ação de sobrepartilha é deflagrado com a sentença que homologou a separação judicial e a partilha de bens ou se, ao revés, tem início apenas com a decretação do divórcio do casal.
>
> 3- Não se deve confundir o término da sociedade conjugal com a dissolução do casamento válido, residindo a diferença substancial entre ambos no fato de que apenas a dissolução do casamento torna irreversível o matrimônio e, consequentemente, permite às partes contraírem um novo casamento.
>
> 4- São as mesmas, todavia, as consequências patrimoniais do término da sociedade conjugal e do término do casamento válido, colocando-se fim ao regime de bens do matrimônio e permitindo-se a realização da partilha dos ativos e passivos de bens comunicáveis.
>
> 5- *Na hipótese, tendo havido a separação e a partilha consensuais, ambas homologadas por sentença no ano de 1987, também houve, naquele momento, a dissolução do regime de bens do casamento e consequentemente nasceu, para as partes, a pretensão de sobrepartilhar bens remotos, litigiosos, sonegados ou que propositalmente ficaram fora da partilha inicial, como é a hipótese de recebíveis de pessoa jurídica de que o varão é sócio majoritário, de modo que a ação de sobrepartilha está prescrita, quer seja sob a ótica do prazo vintenário do CC/1916, quer seja sob a perspectiva do prazo decenal do CC/2002*, sendo irrelevante, o fato de o vínculo matrimonial ter remanescido até 2014, ano em que decretado o divórcio.

> 6- As alegações de não fluência da prescrição entre cônjuges, de inexistência de doação do referido crédito e de enriquecimento ilícito da outra parte, a despeito de suscitadas em aclaratórios, não foram examinadas no acórdão recorrido, que carece do indispensável prequestionamento. Incidência da Súmula 211/STJ.
>
> 7- A notória dessemelhança fática entre o acórdão recorrido e o paradigma impede o conhecimento do recurso especial pela divergência jurisprudencial.
>
> 8- Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido.
>
> (REsp 1.719.739/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 07/06/2018)

No caso, os autores casaram-se em 26/11/1977 pelo regime da comunhão universal de bens, separando-se judicialmente em 31/08/2005.

Conforme também apurado pelas instâncias ordinárias, fato incontroverso nos autos (*vide* a inicial e a Contestação, às fls. 119-123), as contribuições previdenciárias foram efetuadas no decorrer do vínculo conjugal, tendo cessado pouco antes do rompimento, no ano de 2005, conforme se extrai do acórdão recorrido (fl. 419). Havendo resgate que implica o desligamento do participante do regime jurídico de previdência privada, com o recebimento dos valores que verteu para o plano de benefícios (Súmula n. 289/STJ), devida é a partilha.

7. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar procedente o pedido formulado na inicial, reconhecendo o o direito da autora ao recebimento de 50% do numerário resgatado líquido. Em vista da sucumbência do réu, estabeleço custas e honorários advocatícios a cargo do recorrido, estes fixados em R$ 10.000,00 (dez mil reais)

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado (fl. 416):

> Apelação cível. Ação de sobrepartilha. Procedência. Inconformismo. Previdência privada. Mudanças na empresa financiadora. Opção pelo recebimento adiantado de todas as parcelas. Valor excluído da comunhão. Art. 1.668, VI e VII do CC. Direito individual de aposentadoria e não aplicação financeira. Requerido que já recebia aposentadoria comum e complementar quando da separação. Sentença reformada. Inversão dos ônus da sucumbência.

1. "Assim como os valores do fundo de garantia por tempo de serviço, a quantia depositada com o escopo de garantia da aposentadoria (previdência privada), quando não sacada durante a união, não se reverte em proveito do casal, porque mantém a sua natureza personalíssima" (Apelação Cível n. 70047144035, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felippe Schmitz, Julgado em 28/06/2012).

2. Recurso conhecido e provido.

Alega a recorrente, em suma, violação ao art. 1º da Lei Complementar 109/2001, sob o argumento de que os valores resgatados pelo ex-cônjuge de entidade fechada de previdência complementar, oriundos das contribuições vertidas na constância do casamento celebrado sob o regime da comunhão universal de bens, integram o patrimônio comum e devem ser partilhados, ainda que o saque tenha ocorrido após a dissolução da sociedade conjugal.

Argumenta que a previdência privada é autônoma em relação ao contrato de trabalho e que constitui um fundo de investimento, o qual pode ser resgatado, sendo uma aplicação financeira como qualquer outra.

Sustenta que o entendimento do acórdão recorrido de excluir essas parcelas da partilha encontra-se em divergência com a orientação da Quarta Turma o STJ que, ao examinar "caso idêntico", no julgamento do REsp 1.121.719/SP, concluiu que os valores investidos em plano de previdência privada não possuem natureza alimentar, motivo pelo qual ficam sujeitos à penhora, mesmo posicionamento que também teria sido adotado pela Quarta Turma no AgInt no AG 1.284.772/RS.

O Relator, Ministro Luís Felipe Salomão, entendeu que na hipótese de resgate da "reserva matemática (de poupança)", decorrente do desligamento do participante da entidade de aberta ou fechada de previdência privada, essas verbas perdem a natureza previdenciária, equiparando-se às demais espécies de aplicações financeiras. Por esse motivo, tendo sido demonstrado, no caso concreto, que as contribuições foram vertidas para a entidade de previdência privada na vigência do casamento e sacadas após a extinção da sociedade conjugal, determinou a partilha de 50% do valor líquido resgado pelo ora recorrido.

Pedi vista.

II

Segundo o entendimento esposado pelo eminente relator, não tem relevância para a solução da presente controvérsia a circunstância de a previdência privada

ser mantida em entidade fechada ou aberta. O que importa é o fato de os valores terem ou não sido resgatados. Enquanto não resgatados, conservam a natureza personalíssima, sendo portanto, incomunicáveis. Se houver o resgate, mesmo em momento posterior à extinção da vida conjugal, o valor correspondente deve integrar o patrimônio comum dos ex-cônjuges a ser partilhado.

Do voto do Relator, destaco as seguintes passagens:

> Para logo, é oportuno ressaltar que, conforme corrente doutrinária e informado própria Susep - órgão supervisor das entidades abertas de previdência complementar - em seu site, apenas o Plano Gerador de Benefícios Livres - PGBL, caracteriza genuíno plano de benefícios de previdência complementar:
>
> > VGBL (Vida Gerador de Benefícios Livres) e PGBL (Plano Gerador de Benefícios Livres) são planos por sobrevivência (de seguro de pessoas e de previdência complementar aberta, respectivamente) que, após um período de acumulação de recursos (período de diferimento), proporcionam aos investidores (segurados e participantes) uma renda mensal - que poderá ser vitalícia ou por período determinado - ou um pagamento único. O primeiro (VGBL) é classificado como seguro de pessoa, enquanto o segundo (PGBL) é plano de previdência complementar.
> >
> > A principal diferença entre os dois reside no tratamento tributário dispensado a um e outro. Em ambos os casos, o imposto de renda incide apenas no momento do resgate ou recebimento da renda. Entretanto, enquanto no VGBL o imposto de renda incide apenas sobre os rendimentos, no PGBL o imposto incide sobre o valor total resgatado ou recebido sob a forma de renda.
> >
> > No caso do PGBL, os participantes que utilizam o modelo completo de declaração de ajuste anual no I.R.P.F. podem deduzir as contribuições do respectivo exercício, no limite máximo de 12% de sua renda bruta anual.
> >
> > (Disponível em: https://susep.gov.br/setores-susep/seger/coate / perguntas-mais-frequentes-sobre-planos-por-sobrevivência-pgbl-e-vgbl. Acesso em 7 de fevereiro de 2020).
>
> No entanto, como bem reconhecido pelo órgão supervisor, não há diferença ontológica entre esses planos (ambos, se o contrato seguir o seu curso natural, ostentam feição nitidamente de seguro social), mas apenas no tratamento tributário conferido.
>
> Deveras, nas mesma toada, segundo preconiza Adacir Reis, "o Vida Gerador de Benefícios Livres - VGBL é um seguro com cobertura de sobrevivência" (REIS, Adacir. Curso básico de previdência complementar. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 119).
>
> (...)

E, após citar o julgamento dos EREsp. 1.121.719/SP - no qual a Segunda Seção, por maioria, afastou a indisponibilidade de valores aportados por administrador de instituição financeira sob intervenção extrajudicial em PGBL, plano de previdência complementar *aberta* - acrescentou o Ministro Luis Felipe Salomão:

> De efeito, proclama o art. 202 da CF que a previdência complementar o regime de previdência complementar é baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.
>
> (...)
>
> De fato, a formação do fundo não é um fim em si mesmo. Da leitura da Constituição Federal, a previdência complementar, embora seja relação contratual de direito civil autônoma, está disciplinada no art. 202, integrante topograficamente do Titulo VIII, relativo à ordem social. O fundo comum é formado com finalidade protetivo-previdenciária.
>
> (...)
>
> *É nítido que a previdência social compreende o regime geral de previdência social e o regime facultativo complementar. Aliás, o art. 2º da Lei Complementar n. 109/2001 estabelece que o regime de previdência complementar é operado por entidades de previdência complementar que têm por objetivo instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário, na forma desta Lei Complementar*.
>
> *O art. 69 da Lei Complementar n. 109/2001 deixa explícito que, independentemente de o plano de benefícios ser administrado por entidade fechada (sem fins lucrativos) ou aberta (instituição financeira), as contribuições vertidas para as entidades de previdência complementar são destinadas ao custeio dos planos de benefícios de natureza previdenciária, explicitando o caráter personalíssimo e incomunicável da verba ao estabelecer no parágrafo 2º que a portabilidade de recursos de reservas técnicas, fundos e provisões entre planos de benefícios de entidades de previdência complementar, deve ser titulados pelo mesmo participante*.
>
> (...)
>
> Nesse passo, é cediço a natureza previdenciária dos planos de benefícios instituídos e executados pelas entidades de previdenciária complementar (arts. 1º e 2º da LC n. 109/2001), a apontar o caráter alimentar e personalíssimo desses recursos, mormente ante o teor do art. 114 da Lei 8.213/1991 que, dispondo sobre os planos de benefícios da previdência social, confere-lhes a proteção da impenhorabilidade.
>
> (...)
>
> *No caso, conforme documento de fl. 68 e o apurado na sentença, o recorrido resgatou* em novembro de 2009 o valor de R$ 417.011,48 (quatrocentos

> e dezessete mil, onze reais e quarenta e oito centavos), existente em fundo de previdência privada administrado pela Fundação Francisco Martins Bastos, patrocinado por sua ex-empregadora. com a dedução do imposto de renda no valor de R$ 114.015,22 (cento e quatorze mil e quinze reais e vinte e dois centavos), o réu recebeu o montante líquido "de R$ 302.996,26 (trezentos e dois mil, novecentos e noventa e seis reais e vinte e seis centavos)" (fl. 325).
>
> Como é cediço, o instituto do regate implica o desligamento do participante do regime jurídico de previdência privada, com o recebimento dos valores que verteu ao plano de beneficios (Súmula 289/STJ), ficando certo, pois, que a verba deixa de ter finalidade previdenciária (protetivo-previdenciária) REsp 1.190.083/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/8/2015, DJe 29/9/2015). (grifos não constantes do original).

A sentença entendeu tal verba partilhável, como qualquer aplicação financeira realizada durante o casamento, aduzindo (e-STJ, fl. 139):

> (...) Assim, as verbas injetadas (e/ou seus frutos) em poupanças, em imóveis ou em qualquer outro investimento, sem dúvida, são comuns e, de corolário, suscetíveis à partilha. Vai daí que os fundos de previdência privada não são personalíssimos. Ao contrário, são comuns e, por conseguinte, sujeitos à comunicação, sobretudo quando há reembolso (restituição, compensação ou indenização) antecipado, consoante o Réu informou na resposta.
>
> A propósito, se o cônjuge que governa as finanças comuns fosse livre para aplicá-las em previdência privada que viesse em benefício unicamente dele (o que aconteceria se essa contratação caracterizasse haver personalíssimo), decerto, o caminho para quebra ou fraude no regime da comunhão parcial de bens estaria aberto àquele que assim agisse, e, obviamente, em indevido prejuízo ao outro consorte.
>
> Realce-se que nada há de personalíssimo nos direitos percebidos pelo Réu, pouco importando tenham sido cobrados e/ou recebidos depois do rompimento, porque o determinante é que o nascimento desse direito foi contemporâneo a então união das partes, porque os investimentos ou aplicações aconteceram durante ela (o que, a propósito, é fato incontroverso).

O acórdão recorrido, por sua vez, decidiu que os valores referentes ao plano de previdência privada fechada não devem integrar o conjunto de bens comuns. Enfatizou que, na época na separação, o ora recorrido já estava recebendo os proventos de aposentadoria complementar ao benefício pago pela Previdência Social e que o resgate, no caso, decorrera de alterações na própria entidade, as quais o levaram a optar por receber todo o valor da aposentadoria de uma só vez em 26.11.2009.

III

Assim posta a controvérsia, com a devida vênia do eminente Relator, penso que é relevante distinguir entre os *segmentos aberto e fechado* de previdência complementar.

A Lei 6.435/1977, primeira legislação brasileira a regulamentar especificamente o regime de previdência complementar, tratou de forma similar as entidades abertas e fechadas apenas no tocante ao objetivo (instituir planos de pecúlio ou renda semelhantes aos do Regime Geral de Previdência Social - art. 1º), exigência de prévia autorização para constituição e funcionamento (art. 2º), finalidade da ação do poder público (determinar padrões mínimos adequados de segurança econômico-financeira, visando à preservação da liquidez e solvência de cada plano de benefício - art. 3º), bem assim em relação às regras gerais de fiscalização, intervenção e liquidação extrajudicial, dispostas no Capitulo IV.

Quanto ao mais, a subdivisão das entidades de previdência complementar em "fechadas, quando acessíveis exclusivamente aos empregados de uma só empresa ou de grupo de empresas" e "abertas, as demais" (art. 4º, inc. I), demonstra a clara diferença do tratamento a elas dispensado.

As entidades abertas integram o Sistema Nacional de Seguros Privados (art. 7º), razão pela qual se sujeitam à fiscalização e controle do órgão normativo correspondente, no caso, a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP (art. 8º) e à aplicação subsidiária da legislação à qual estão sujeitas as entidades de seguro privado (art. 10).

As entidades fechadas, de outra parte, foram consideradas complementares ao sistema oficial de previdência e assistência social e, portanto, suas atividades foram enquadradas na área de competência do Ministério da Previdência e Assistência Social (art. 34), ao qual foram atribuídas as funções de supervisão, controle e fiscalização desse segmento, mediante órgãos normativo e executivo a serem designados (art. 35), a aplicando-se a elas, subsidiariamente, a legislação do regime geral de previdência social (art. 36).

Em cumprimento ao disposto no art. 87, da Lei 6.435/1977, a parte relativa às entidades abertas foi regulamentada pelo Decreto 81.402/78, e a parte que diz respeito às entidades fechadas, pelo Decreto 81.240/78.

Com a edição da Lei Complementar 109/2001, promulgada para dar cumprimento ao art. 202 da Constituição, a separação entre os segmentos aberto e fechado da previdência complementar foi estabelecida de forma ainda mais evidente.

Ficou mantida a subdivisão entre as entidades abertas e fechadas, com os planos de benefícios administrados pelas abertas disponíveis para quaisquer pessoas físicas ou pessoa jurídica que queira contratar o investimento para um grupo de pessoas físicas a ela vinculadas, direta ou indiretamente (art. 26); aplicação subsidiária da legislação regente das sociedades seguradoras (art. 73) e fiscalização e controle pela SUSEP (art. 74).

O planos de benefícios geridos por entidades fechadas, por outro lado, permaneceram restritos aos funcionários de uma empresa ou grupo de empresas; servidores públicos da União, estados, Distrito Federal e municípios; e de associações, profissionais classistas ou setoriais (art. 31), e submetidos ao controle e fiscalização da Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC e do Conselho de Gestão da Previdência Complementar - CGPC (arts. 5º e 74 e Lei 12.154/2009).

Entre as alterações no regime de previdência privada procedidas pela LC 109/2001, destaca-se o intuito de lucro das entidades abertas, as quais devem ser constituídas exclusivamente na forma de sociedades anônimas.

Penso que a obrigatoriedade de constituição das entidades abertas unicamente sob a forma de sociedade anônima revela que a finalidade de obtenção de lucro expressa o claro critério adotado pelo legislador para distinguir o segmento aberto de previdência complementar. Nessa linha, a propósito, ressaltou o Ministro Luis Felipe Salomão no voto que proferiu perante a Segunda Seção no REsp 1.536.786/MG, *leading case* da Súmula 563/STJ ("O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas"), do qual destaco as seguintes passagens:

> *No ponto em exame, parece evidente que há diferenças sensíveis e marcantes entre as entidades de previdência privada aberta e fechada.*
>
> *Embora ambas exerçam atividade econômica, apenas as abertas operam em regime de mercado, podem auferir lucro das contribuições vertidas pelos participantes (proveito econômico), não havendo também nenhuma imposição legal de participação de participantes e assistidos, seja no tocante à gestão dos planos de benefícios, seja ainda da própria entidade.*
>
> Daniel Pulino, em extenso e profícuo estudo, confronta as diferenças, no tocante aos regimes jurídicos a envolver os dois gêneros de entidades de previdência privada (aberta e fechada):
>
> > Há marcante diferença entre as entidades fechadas e abertas, diferença esta que se verifica quanto à *finalidade* por elas perseguida. É esta, aliás, a

principal diferença da previdência privada aberta para a fechada, quanto às entidades, a ponto de ser ela a fonte de grande parte das demais distinções que a lei faz entre uma e outra dessas modalidades. Vejamos por que. Embora a lei geral de regulação do regime de previdência privada - a Lei Complementar n. 109, de 2001 - estabeleça, em seu art. 2º, ser o mesmo o objetivo principal de entidades abertas e fechadas, à segunda delas, às fechadas, foi vedada a finalidade lucrativa, o que, no entanto, será perseguido pelas entidades abertas de previdência complementar [...].

Com efeito, dispõe o art. 31, § 1º, e o art. 8º, parágrafo único, respectivamente, das Leis Complementares n. 109 e 108, de 2001, em idêntica redação, que as entidades fechadas "organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, *sem fins lucrativos*". Foi, portanto, vedada por lei a busca de lucro pelas entidades fechadas de previdência complementar.

Por seu turno, embora não esteja explícito no texto da lei, as entidades abertas, diferentemente, perseguirão lucros, porque, primeiramente, elas se organizam, como visto, sob a forma de sociedades anônimas - sociedades regidas pela Lei n. 6.404, de 1976, que, em seu art. 2º (e 154), expressamente, se refere à finalidade lucrativa, que jamais poderá ser recusada - e, em segundo lugar, porque, apenas por respeito a situações já estabelecidas perante a legislação anterior, a Lei Complementar n. 109, de 2001, admitiu, transitoriamente, a existência de entidades abertas sem fins lucrativos (art. 77), que foram, assim, tratadas como figuras em extinção.

Diante dessa diferenciação que a lei estabeleceu, pode-se dizer, numa análise funcional do regime de previdência privada, que a proteção previdenciária - o intuito protetivo protetivo-previdenciário - corresponde à finalidade legal do instituto da previdência privada ou complementar; vale dizer, o bem ou valor em razão do qual existe esse conjunto estruturado de normas conformadoras de um regime de previdência privada consiste na proteção previdenciária complementar - em esquema previdenciário - dos indivíduos.

Entendemos por proteção previdenciária complementar a cobertura autônoma àquela conferida pelo regime básico - mas tendente à sua melhoria - aos participantes dos planos de benefícios e seus beneficiários, trazendo vantagens diretas para estes e para as patrocinadoras ou instituidoras, e que justamente por isso foi contratada pelas partes no intuito específico de *preservação*, em alguma medida (a medida contratada), *do particular nível de vida* do participante e dos seus beneficiários.

[...]

Assim, por exemplo, enquanto uma é organizada como fundação (as fechadas), a outra (abertas) o é enquanto companhia - sociedade na qual, já o dissemos, a finalidade lucrativa é da sua essência -; uma (a entidade fechada) terá gestão participativa, e a outra (aberta), não; apenas aos planos de uma

> *delas (os das fechadas) foi imposta disciplina específica para tratamento de resultado superavitário (art. 20 da lei Complementar n. 109, de 2001), possibilidade nem sequer cogitada para planos de entidades abertas (onde, atingidos os resultados contratados, os excedentes podem ser considerados lucros, a serem distribuídos entre os acionistas); uma (fechada) pode existir para administrar plano de benefícios para apenas uma empresa patrocinadora ou entidade instituidora (entidade fechada singular), o que é inimaginável para as abertas; uma, enfim, terá disciplina jurídica ainda mais próxima das instituições financeiras e de seguro (é o caso das abertas), do que aquela imposta às entidades fechadas*. (PULINO, Daniel. *Previdência complementar:* natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades *fechadas*. São Paulo: Conceito, 2011, p. 130-133)

> *Nesse passo, assinalo que, conforme disposto no art. 36 da Lei Complementar n. 109/2001, as entidades abertas de previdência complementar são constituídas unicamente sob a forma de sociedade anônimas. Elas, salvo as instituídas antes da mencionada lei, têm, pois, necessariamente, finalidade lucrativa e são formadas por instituições financeiras e seguradoras, autorizadas e fiscalizadas pela Superintendência de Seguros Privados - Susep, vinculada ao Ministério da Fazenda, tendo por órgão regulador o Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP*.
>
> *As operações de previdência privada aberta são realizadas em regime de mercado e resultam em captação de poupança popular. Não há intuito exclusivamente protetivo-previdenciário*. (grifos não constantes do original).

A propósito dos fundos mantidos em entidades de previdência complementar abertas, observa o professor de economia da Unicamp e pequisador do IPEA, Bruno de Conti:

> Nos últimos dez anos, os recursos dos fundos abertos mais que triplicaram em termos reais, pela incorporação desses novos funcionários de empresas que outrora ofereciam fundos fechados, mas não apenas por isso. O que ocorre, adicionalmente, é que *esses fundos são geralmente administrados por bancos comerciais, sendo oferecidos aos seus correntistas na forma de uma aplicação financeira como outra qualquer. Como consequência, esses recursos não são necessariamente encarados segundo a lógica precípua dos fundos de previdência; qual seja, a de constituir uma poupança financeira que será utilizada apenas no momento da aposentadoria dos participantes. Alternativamente, são vistos como uma aplicação financeira que concorre com os demais produtos oferecidos pelo banco. Isso acaba sendo inclusive estimulado pelos privilégios tributários incidentes sobre alguns planos e, sobretudo, sobre a modalidade vida gerador de benefício livre (VGBL), que apresenta o benefício da tributação exclusiva sobre os rendimentos, enquanto em outras aplicações financeiras os tributos incidem na contribuição e no resgate*.

> *Diante disso, os gestores desses planos abertos de previdência têm por hábito apresentá-los aos seus clientes como uma alternativa rentável de aplicação financeira, ainda que na ausência de propósitos propriamente previdenciários por parte do participante*. A consequência inevitável é que esses fundos precisam apresentar um desempenho constantemente satisfatório em relação à média das outras aplicações financeiras, não apenas para atrair novos participantes, mas também para mantê-los. Se a rentabilidade desses fundos não for "competitiva" – mesmo que por um curto período –, os participantes migrarão para outras modalidades de investimento. Esse comportamento, bastante lógico do ponto de vista microeconômico, tem importantes implicações macro, sobretudo para os propósitos desta pesquisa, já que a possibilidade de que esses recursos dos fundos abertos de previdência constituam um *funding* de longo prazo fica problematizada. Isso ocorre porque seus administradores se adaptam à necessidade de obtenção de resultados constantemente competitivos, praticando uma gestão de caráter preponderantemente "curtoprazista". Nos fundos fechados, por sua vez, os participantes preveem o uso desses recursos apenas no momento de sua aposentadoria, e esse horizonte temporal permite – ou, ao menos, deveria permitir – aos administradores uma gestão menos preocupada com os resultados de curto prazo,
>
> (Disponível em https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/ TDs/ td_2175.pdf) (grifos não constantes do original).

Considero, pois, que os valores depositados em planos de previdência complementar *aberta* equiparam-se a investimentos financeiros como outro qualquer, motivo pelo qual acompanhei o posicionamento do relator, Ministro Raul Araújo, que prevaleceu na Quarta Turma por ocasião do julgamento do REsp 1.121.719/SP, nos termos do voto que proferi naquela oportunidade e do qual transcrevo o seguinte trecho:

> No caso, verifico que pretende o recorrente o resgate antecipado de valores que alcançavam mais de um milhão de reais em fevereiro de 2005. Portanto, assim como o eminente Relator, não vejo diferença substancial entre essa poupança feita a título de previdência complementar e a poupança que pudesse eventualmente ter sido feita por ele ao longo desses anos em uma caderneta de poupança comum.
>
> Penso que a situação é diferente do que se sucederia no caso de uma pessoa que estivesse gozando de aposentadoria com complementação de instituto de previdência privada. Este benefício mensal complementar, a meu ver, gozaria da mesma impenhorabilidade do salário ou da aposentadoria previdenciária. Aquilo que ele recebesse mensalmente como complemento de um benefício previdenciário penso eu que seria impenhorável. Mas, aqui, o que pretende não é continuar a receber, ou passar a receber, mensalmente, um benefício

> previdenciário complementar, mas o resgate antecipado do capital formado para futuro pagamento, o que, a meu ver, torna esse fundo de previdência complementar com características similares a uma caderneta de poupança.

Como ressaltou o ministro Luis Felipe Salomão no voto prolatado nos presentes autos, a despeito de esse entendimento ter sido alterado pela Segunda Seção, ao apreciar os EREsp 1.121.719/SP, no qual fiquei vencida juntamente com os ministros Raul Araújo, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Buzzi, o certo é que esse julgamento limitou-se a afastar a penhorabilidade de valores aplicados no PGBL, espécie de plano de previdência complementar *aberta*, mas a determinação não ocorreu de forma genérica.

Na verdade, a tese ficou restrita às hipóteses nas quais demonstrada a precípua finalidade previdenciária das contribuições, evidenciando, portanto, natureza alimentar da verba, requisito que, no caso concreto, a maioria entendeu configurada, diante das peculiaridades de o administrador que, em ação civil pública, teve decretada a indisponibilidade de seus bens, ter ficado curto período à frente da instituição financeira sob liquidação ou intervenção extrajudicial (52 dias), deter ele participação ínfima no capital social da empresa (0,01%), a sua avançada idade (70 anos) e o longo período em que realizou depósitos para o PGBL (20 anos), conforme sumariado na ementa:

> Processual Civil. Embargos de divergência em recurso especial. Saldo em fundo de previdência privada complementar. Impenhorabilidade. Indisponibilidade de bens determinada à luz do art. 36 da Lei 6.024/74. Medida desproporcional.
>
> 1. O regime de previdência privada complementar é, nos termos do art. 1º da LC 109/2001, "baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do *caput* do art. 202 da Constituição Federal", que, por sua vez, está inserido na seção que dispõe sobre a Previdência Social.
>
> 2. Embora não se negue que o *PGBL permite o "resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante"* (art. 14, III, da LC 109/2001), essa faculdade concedida ao participante de fundo de previdência privada complementar não tem o condão de afastar, de forma inexorável, a natureza essencialmente previdenciária e, portanto, alimentar, do saldo existente.
>
> 3. Por isso, a impenhorabilidade dos valores depositados em fundo de previdência privada complementar deve ser aferida pelo Juiz casuisticamente, de modo que, se as provas dos autos revelarem a necessidade de utilização do saldo para a subsistência do participante e de sua família, caracterizada estará a sua natureza alimentar, na forma do art. 649, IV, do CPC.
>
> 4. Ante as peculiaridades da espécie (curto período em que o embargante esteve à frente da instituição financeira e sua ínfima participação no respectivo

capital social), não se mostra razoável impor ao embargante tão grave medida, de ter decretada a indisponibilidade de todos os seus bens, *inclusive do saldo existente em fundo de previdência privada complementar - PGBL*.

5. Embargos de divergência conhecidos e providos.

(Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 4.4.2014)

Do voto de desempate proferido pelo Ministro Luís Felipe Salomão, na condição de Presidente da Segunda Seção, destaco:

Tenho que a primeira premissa para correto deslinde da questão, vista por esse prisma, reside na definição acerca da impenhorabilidade ou não dos valores depositados no mencionado PGBL.

Nesse passo, é cediça a natureza previdenciária dos planos de benefícios instituídos e executados pelas entidades de previdência complementar (arts. 1º e 2º da LC n. 109/2001), o que, em linha de princípio, parece apontar para o caráter alimentar desses recursos, mormente ante o teor do art. 114 da Lei n. 8.213/1991 que, dispondo sobre os planos de benefícios da previdência social, confere-lhes a proteção da impenhorabilidade:

(...)

Não obstante, o regime da previdência privada admite não só a acumulação de recursos e a transformação desses em renda futura, como também o resgate antecipado dos valores depositados (art. 14, III, da LC n. 109/2001), atuando, nessa hipótese, como uma aplicação financeira regular, o que, decerto, não parece ter sido objeto da proteção do legislador ao elaborar a norma insculpida no art. 649, IV, do CPC.

Com efeito, o regime de previdência complementar aberta, diversamente do que ocorre na fechada, caracteriza-se pela livre comercialização de planos previdenciários - via de regra, pelos canais bancários -, a cujos recursos os aderentes têm amplo acesso a qualquer momento, a depender das regras do plano.

Essa é uma das razões a justificar o entendimento acerca da penhorabilidade dos valores depositados nesses fundos na fase de acumulação, porquanto:

> *[...] não faria sentido oferecer uma 'blindagem' unicamente para recursos que fossem aportados em planos de previdência privada, uma vez que é sabido que com a profusão do fenômeno do bancassurance os "produtos financeiros" são comercializados no mesmo balcão - sejam "produtos" de previdência, de investimento ou do próprio banco. Permitir que tal "roupagem" fosse capaz de afastar os efeitos danosos de uma execução seria abrir uma porta para que os fraudadores pudessem entrar*. (CASSA, Ivy. *Penhorabilidade de recursos de planos de previdência privada. In Aspectos jurídicos dos contratos de seguro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 149). (grifos não constantes do original).

> Essa foi, seguramente, uma das preocupações da Quarta Turma no julgamento do REsp 1.121.179, que deu origem aos presentes embargos de divergência.
>
> 4.2. Por outro lado, deparamo-nos, agora, com relevante impasse decorrente do fato de que a situação presente ostenta singularidades que não se assemelham à conduta acima referida.
>
> Ao revés, dessume-se dos autos que o embargante: a) foi indicado pelo Banco Central para o cargo de presidente do Banco Santos, tendo-o ocupado por apenas 52 dias; b) está com setenta anos de idade; e c) encontra-se impossibilitado de exercer qualquer cargo em instituições financeiras, como consequência automática da intervenção no Banco que presidia.
>
> Impende salientar, ainda, que os recursos em tela, malgrado os valores elevados, foram integralmente depositados ao longo de muitos anos, principalmente quando o recorrente ocupava o cargo de presidente do Banco Real e do Grupo Visa, antes, portanto, de seu ingresso na presidência da instituição liquidada.
>
> Outrossim, consoante exposto pelo douto representante do Ministério Público, o Subprocurador Washington Bolívar de Brito Junior, ficou claro que o intento basilar do embargante não foi o de utilizar o referido fundo de previdência como mera aplicação financeira; vislumbrou, assim, a natureza alimentar da pretensão recursal."
>
> (...)
>
> 7. Ante o exposto, com as ressalvas acima, rogo vênia à divergência para, no caso concreto, diante das circunstâncias antes apontadas, acompanhar a eminente relatora para dar provimento aos embargos de divergência, e, por conseguinte, determinar o desbloqueio das verbas pretendidas.

No caso ora em julgamento, ao contrário do precedente acima transcrito, não está em questão a proteção da entidade familiar em face de terceiro, credor que possa ser satisfeito mediante a penhora dos valores.

Discute-se a partilha do patrimônio após a extinção da sociedade conjugal.

É certo que proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos por cada cônjuge não se comunicam (Código Civil, art. 1.659, VII).

A controvérsia diz respeito a valores aportados a planos de benefícios administrados por entidades fechadas de previdência complementar.

No caso de planos mantidos em entidades abertas, o titular escolhe a quantia a ser destinada ao fundo de previdência privada, a periodicidade de sua contribuição, e tem assegurado, pelo art. 27 da Lei Complementar 109/2001 (inserido em Seção intitulada "Dos Planos de Benefícios de Entidades Abertas"), o direito a resgate total ou parcial dos recursos, *in verbis*:

> Art. 27. Observados os conceitos, a forma, as condições e os critérios fixados pelo órgão regulador, é assegurado aos participantes o direito à portabilidade, inclusive para plano de benefício de entidade fechada, e ao resgate de recursos das reservas técnicas, provisões e fundos, total ou parcialmente.

A propósito do resgate no regime aberto de previdência privada, o art. 20 da Circular 563, de 24.12.2017, da SUSEP dispõe:

> Art. 20. O participante poderá solicitar, independentemente do número de contribuições pagas, resgate, parcial ou total, de recursos do saldo da provisão matemática de benefícios a conceder, após o cumprimento de período de carência, que deverá estar compreendido entre 60 (sessenta) dias e 60 (sessenta) meses, a contar da data de protocolo da proposta de inscrição na EAPC.

Idêntica regra foi inserida na Resolução SUSEP 564, de 24.12.2017, que trata dos planos de seguro de pessoas, como o VGBL, confira-se:

> Art. 20. O segurado poderá solicitar, independentemente do número de prêmios pagos, resgate, parcial ou total, de recursos do saldo da provisão matemática de benefícios a conceder, após o cumprimento de período de carência, que deverá estar compreendido entre 60 (sessenta) dias e 60 (sessenta) meses, a contar da data de protocolo da proposta de contratação, no caso de contratação individual, ou adesão, no caso de contratação coletiva, na sociedade seguradora.

Concluo, portanto, que as reservas financeiras aportadas, durante a sociedade conjugal, em entidades abertas de previdência privada, constituem patrimônio que pode ser resgatado, vencida a carência contratual, e, portanto, deve ser partilhado de acordo com as regras do regime de bens, assim como o seriam tais valores se depositadas em outro tipo de aplicação financeira, como contas bancárias e cadernetas de poupança.

O intuito com que feita a aplicação - criação de uma reserva de valor em prol da segurança e amparo futuro da família - está presente na previdência privada aberta, assim como também existe quando o investimento é feito em imóveis, ações ou aplicações financeiras, independentemente do nome do cônjuge em que formalizado.

Durante o casamento, que, no caso presente, adotou a regra da comunhão universal de bens, os rendimentos do trabalho de cada cônjuge a ele pertencem individualmente e não se desvinculam da destinação própria dos salários de suprir as despesas com moradia, alimentação, vestuário, entre outras de seu

beneficiário, observados, naturalmente, os deveres de ambos os cônjuges de mútua assistência, sustento e educação dos filhos e responsabilidade pelos encargos da família (arts. 1.566, III, 1.568 e 1.565, *caput*, do CC/2002).

Atendidas as necessidades individuais do cônjuge que auferiu os rendimentos do trabalho e cumpridas as obrigações de sustento e manutenção do lar conjugal, os recursos financeiros eventualmente excedentes e os bens com eles adquiridos passam a integrar o patrimônio comum do casal, sejam eles móveis, imóveis, direitos ou quaisquer espécies de reservas monetárias de que ambos os cônjuges disponham, tais como depósitos bancários, aplicações financeiras, moeda nacional ou estrangeira acumuladas em residência, entre outros.

Assim, a importância em dinheiro, depositada em instituição bancária, ou investida nas diversas espécies de aplicações financeiras disponíveis no mercado, oriunda dos proventos do trabalho - única fonte de renda na maioria dos casais brasileiros - sobejante do custeio das despesas cotidianas da família, integra o patrimônio do casal, do mesmo modo como ocorre quando esse numerário é convertido em bens móveis, imóveis ou direitos.

Nesse sentido, entre muitos outros:

> Recurso especial (art. 105, III, *a*, da CF). Procedimento de inventário. Primeiras declarações. Aplicação financeira mantida por esposa do *de cujus* na vigência da sociedade conjugal. Depósito de proventos de aposentadoria. Possibilidade de inclusão dentre o patrimônio a ser partilhado. Perda do caráter alimentar. Regime de comunhão universal. Bem que integra o patrimônio comum e se comunica ao patrimônio do casal. Exegese dos arts. 1.668, V e 1.659, VI, ambos do Código Civil. Recurso desprovido.
>
> (...)
>
> 2. Os proventos de aposentadoria, percebidos por cônjuge casado em regime de comunhão universal e durante a vigência da sociedade conjugal, constituem patrimônio particular do consorte ao máximo enquanto mantenham caráter alimentar.
>
> Perdida essa natureza, como na hipótese de acúmulo do capital mediante depósito das verbas em aplicação financeira, o valor originado dos proventos de um dos consortes passa a integrar o patrimônio comum do casal, devendo ser partilhado quando da extinção da sociedade conjugal. Interpretação sistemática dos comandos contidos nos arts. 1.659, VI e 1.668, V, 1.565, 1.566, III e 1.568, todos do Código Civil.
>
> 3. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.
>
> (Rel. Min. Marco Buzzi, DJ 10.10.2012)

Recurso especial. Casamento. Regime de comunhão parcial de bens. Doação feita a um dos cônjuges. Incomunicabilidade. FGTS. Natureza jurídica. Proventos do trabalho. Valores recebidos na constância do casamento. Composição da meação. Saque diferido. Reserva em conta vinculada específica.

1. No regime de comunhão parcial, o bem adquirido pela mulher com o produto auferido mediante a alienação do patrimônio herdado de seu pai não se inclui na comunhão. Precedentes.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 709.212/DF, debateu a natureza jurídica do FGTS, oportunidade em que afirmou se tratar de "direito dos trabalhadores brasileiros (não só dos empregados, portanto), consubstanciado na criação de um pecúlio permanente, que pode ser sacado pelos seus titulares em diversas circunstâncias legalmente definidas (cf. art. 20 da Lei 8.036/1995)". *(ARE 709.212, Relator* (a): Min. *Gilmar Mendes*, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, DJe-032 divulg 18-02-2015 public 19-02-2015)

3. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a Egrégia Terceira Turma enfrentou a questão, estabelecendo que o FGTS é "direito social dos trabalhadores urbanos e rurais", constituindo, pois, fruto civil do trabalho. (REsp 848.660/RS, Rel. Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, *Terceira Turma*, DJe 13/05/2011)

4. O entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça é o de que os proventos do trabalho recebidos, por um ou outro cônjuge, na vigência do casamento, compõem o patrimônio comum do casal, a ser partilhado na separação, tendo em vista a formação de sociedade de fato, configurada pelo esforço comum dos cônjuges, independentemente de ser financeira a contribuição de um dos consortes e do outro não.

5. Assim, deve ser reconhecido o direito à meação dos valores do FGTS auferidos durante a constância do casamento, ainda que o saque daqueles valores não seja realizado imediatamente à separação do casal.

6. A fim de viabilizar a realização daquele direito reconhecido, nos casos em que ocorrer, a CEF deverá ser comunicada para que providencie a reserva do montante referente à meação, para que num momento futuro, quando da realização de qualquer das hipóteses legais de saque, seja possível a retirada do numerário.

7. No caso sob exame, entretanto, no tocante aos valores sacados do FGTS, que compuseram o pagamento do imóvel, estes se referem a depósitos anteriores ao casamento, matéria sobre a qual não controvertem as partes.

8. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1.399.199/RS, Segunda Seção, Relator p/ acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, DJ 22.4.2016)

Agravo regimental no recurso especial. Civil. Direito de Família. Regime de bens do casamento. Comunhão parcial de bens. Créditos trabalhistas originados na constância do casamento. Comunicabilidade.

1. A jurisprudência da Terceira Turma é firme no sentido de que integra a comunhão a indenização trabalhista correspondente a direitos adquiridos na constância do casamento.

2. *Agravo regimental a que se nega provimento*.

(AgRg no REsp 1.250.046/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJ 13.11.2012)

Recurso especial. Casamento. Comunhão parcial de bens. Servidor público. Reajuste de 28,86%. Lei 8.622 e 8.627 de 1993. Diferenças de remuneração. Patrimônio comum. Partilha de bens.

1. Os rendimentos do trabalho, pertinentes a fato gerador ocorrido durante a vigência da sociedade conjugal, integram o patrimônio comum na hipótese de dissolução do vínculo matrimonial, desde que convertidos em patrimônio mensurável de qualquer espécie, imobiliário, mobiliário, direitos ou mantidos em pecúnia.

2. Os atrasados oriundos de diferenças salariais relativas ao reajuste de 28,86% concedido aos servidores públicos federais pelas Leis 8.622 e 8.627, ambas de 1993, recebidos por um dos ex-cônjuges por força de decisão judicial, após a dissolução do vínculo conjugal, mas correspondentes a direitos adquiridos na constância do casamento celebrado sob o regime da comunhão parcial de bens, integram o patrimônio comum do casal e devem ser objeto da partilha decorrente da dissolução do vínculo conjugal. Precedentes.

3. Recurso especial provido.

(REsp 1.096.537/RS, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, DJ 23.10.2014)

Penso que o mesmo entendimento haverá de ser aplicado aos valores depositados em planos *abertos* de previdência privada durante a vida em comum do casal.

Segundo meu entendimento, data maxima vênia, não cabe deixar ao exclusivo talante daquele em cujo nome foi aberto o fundo a decisão de resgatar ou não os valores. Do contrário, o direito de um dos cônjuges seria deixado a depender do implemento de condição meramente potestativa, a depender da conveniência ou não do outro de proceder ao resgate.

Tal consideração não se relaciona a ponderação alguma acerca de boa ou má-fé do investidor em relação ao seu consorte. O direito ao resgate *ad nutum* do beneficiário decorre da natureza do instituto, fazendo-o se aproximar da generalidade das aplicações financeiras.

Ao meu sentir, não é relevante apurar a intenção subjetiva do cônjuge que escolheu investir seus recursos sobejantes do custeio das necessidades familiares

em fundo aberto de previdência privada, caderneta de poupança ou fundo de ações, entre outros investimentos possíveis. Não importa se pretendia investir para uso em período médio de tempo ou se sua intenção era complementar sua renda na velhice. Se era complementar a renda futura, essa proteção há de ser presumida em prol da família e as contribuições vertidas na constância da sociedade conjugal hão de ser partilhadas para assegurar a velhice de ambos os consortes.

Anoto que, diversamente do que ocorre com o FGTS, fundo de natureza pública, na previdência aberta o direito ao resgate, cumprida a carência contratual, pode ser obtido a qualquer momento, não tendo por pressuposto o preenchimento de um rol taxativo de hipóteses legais e sequer depende, como ocorre na previdência fechada, do rompimento do vínculo com o patrocinador.

Na previdência privada aberta, quaisquer valores podem ser investidos em PGBL ou VGBL, de acordo com a conveniência do investidor (e não apenas um percentual definido em regulamento sobre o salário de contribuição, como ocorre na previdência fechada), e resgatados livremente após cumprida a carência contratual.

Rompida a sociedade conjugal, ao meu sentir, tais valores devem ser partilhados conforme o regime de bens. O intuito previdenciário poderá subsistir com o aporte dos recursos, metade em nome de cada ex-convivente, caso assim o desejem. Entendimento contrário, data maxima vênia, tornaria possível que, durante a sociedade conjugal, a margem do regime de bens aplicável, fosse permitida uma reserva de capital aberta e alimentada, em prol de apenas um dos consortes.

IV

No caso em exame, todavia, é incontroverso que as verbas cuja partilha pretende a autora da ação ver incluídas na meação têm por origem o resgate das contribuições vertidas pelo ora recorrido para plano de benefício administrado por *entidade fechada* de previdência complementar - Fundação Francisco Martins Bastos, patrocinada pela Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga ("Grupo Ipiranga").

Conforme consta do acórdão recorrido, o réu já estava aposentado e em gozo do benefício complementar quando da separação. Tais fatos, também incontroversos, são assim descritos na contestação (fls. 120-121):

> Convém frisar que o Requerido era funcionário da empresa *Ipiranga* desde antes da celebração do casamento, e, para tanto, já contribuía com a previdência privada patrocinada pela empresa empregadora e também para a previdência social.
>
> Após o tempo necessário para a aposentadoria, o Requerido recebia aposentadoria comum e também a suplementar, através da *Fundação Francisco Martins Bastos*.
>
> Entretanto, com a venda da empresa *Ipiranga* para outro grupo internacional, o novo comprador informou que não continuaria patrocinando a previdência privada (doc. anexo).
>
> (...)
>
> Pelo fato de ter sido extinto o patrocínio, o Requerido recebeu a opção de manter a aposentadoria (portabilidade), mas por valor menor, ou resgatar antecipadamente o valor das aposentadorias mensais.
>
> Assim, como o Requerido perderia boa parte de sua aposentadoria privada, optou pela retirada do aporte financeiro para adquirir um imóvel próprio.
>
> Deste modo, o Requerido perdeu sua aposentadoria privada, sendo indenizado pelo valor de R$ 302.996,26 (trezentos dois mil, novecentos noventa seis reais e vinte seis centavos), através da *Fundação Francisco Martins Bastos*, mas deixou de receber mensalmente a quantia de R$4.000,00 (quatro mil reais). Tal fato ocorreu 04 (quatro) anos após a separação judicial."

No segmento *fechado* de previdência complementar, o tratamento legal é inteiramente diverso, conforme acima exposto. Ressalto a peculiaridade de as entidades fechadas atuarem de forma complementar à Previdência Social, sujeitas ao controle e fiscalização da Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC e do Conselho de Gestão da Previdência Complementar - CGPC, sendo constituídas sob a forma de fundação ou sociedade civil (LC 109/2001, art. 31, § 1º), sem intuito de obter lucro, tendo por objeto exclusivamente a administração de planos de benefícios de natureza previdenciária em prol de empregados e servidores públicos de determinada empresa ou ente estatal ou associação, para os quais tenham autorização do órgão regulador (LC 109/2001, art. 32).

Ademais, na modalidade fechada de previdência privada, foi estabelecido conceito específico de resgate, com regras restritivas que impedem sua utilização a qualquer tempo, destinadas a coibir eventual pretensão do participante de utilizar esses recursos com finalidade diversa da precípua proteção previdenciária para a qual foi concebida, circunstância que afasta a liquidez própria das aplicações financeiras.

Dentre essas regras, destaco a constante do art. 22 da Resolução 6 do Conselho de Gestão da Previdência Complementar - CNPC, órgão regulador do segmento fechado (LC 109/2001, art. 74 e Lei 12.154/2009, art. 13), impositiva do rompimento do vínculo empregatício como condição para o pagamento do resgate. Confira-se:

> Art. 22. No caso de plano de benefícios instituído por patrocinador, o regulamento deverá condicionar o pagamento do resgate à cessação do vínculo empregatício.

Observo, a propósito, que a Segunda Seção deste Tribunal consolidou a orientação de que é válida essa exigência estabelecida em regulamento da entidade fechada de previdência, como condição para o resgate das contribuições vertidas, de forma a manter o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema e para dar cumprimento às normas expedidas pelo órgão regulador do regime fechado de previdência complementar.

Nesse sentido, entre muitas outros, lembro o seguinte precedente:

> Processual Civil. Agravo interno nos embargos de divergência em recurso especial. Harmonia entre o acórdão embargado e a jurisprudência do STJ. Súmula 168/STJ. Não cabimento. Previdência privada. Resgate. Contribuições pessoais. Exigência de prévio rompimento do vínculo empregatício. Possibilidade.
>
> 1. Não cabem embargos de divergência quando o acórdão embargado encontra-se no mesmo sentido da jurisprudência consolidada deste Tribunal. Súmula 168/STJ.
>
> 2. É válida a norma estatutária da entidade fechada de previdência privada que exija a extinção do vínculo empregatício com o patrocinador para que o ex-participante seja autorizado a efetuar o resgate de suas contribuições.
>
> 3. Agravo interno não provido.
>
> (AgInt nos EREsp 1.694.100/MG, Segunda Seção, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 14.9.2018).

Acrescento que o CNPC vedou, ainda, a possibilidade de resgate por participante em gozo de benefício, nos termos do art. 24 da referida Resolução 6, com a redação da Resolução 19, de 25.9.2006, nos seguintes termos:

> Art. 24. O resgate não será permitido caso o participante esteja em gozo de benefício.

No caso presente, é incontroverso que o ora recorrido encontrava-se em gozo do benefício de complementação de aposentadoria e, portanto, não

poderia pleitear o resgate de sua reserva de poupança por ocasião da separação do casal.

O pagamento das quantias a ele destinadas decorreu exclusivamente da retirada do patrocinador da entidade, hipótese prevista no art. 25 da LC 109/2001 e efetivada mediante autorização do órgão regulador, após análise da situação econômico-financeira e atuarial do plano de benefícios, conforme os rigorosos procedimentos destinados a "acerto de contas" minuciosamente descritos na Resolução CNPC n. 11, de 13.5.2013, na qual também se encontra estabelecida a forma de apuração do cálculo dos recursos que couber a cada participante (reserva matemática individual final), montante diferente do conceito de resgate de reserva de poupança, tudo nos termos dos arts. 2º, inc. IX, 8º, 16, inc. I a IV, e 17, assim redigidos:

> Art. 2º Para os fins desta Resolução, entende-se por:
>
> (...)
>
> IX - *reserva matemática individual final, corresponde ao montante a que o participante ou o assistido fará jus em face da retirada de patrocínio, obtido a partir do valor correspondente à reserva matemática individual, atuarialmente calculado, acrescido ou subtraído respectivamente do excedente ou da insuficiência patrimonial*;
>
> (...)
>
> Art. 8º O processo de retirada de patrocínio será protocolado na Previc acompanhado de estudo da situação econômico-financeira e atuarial do plano de benefícios, e contemplará:
>
> I – avaliação atuarial realizada na data-base por atuário legalmente habilitado;
>
> II – precificação de ativos a valores de mercado;
>
> III – valor estimado da reserva matemática individual de cada participante e assistido, posicionado na data-base; e
>
> IV – outros quesitos previstos em instrução específica expedida pela Previc.
>
> (...)
>
> § 2º O valor individualizado da reserva matemática a que se refere o inciso III do caput corresponderá, na data do cálculo:
>
> I – para os assistidos, ao valor presente dos benefícios sob o regime de capitalização, incluída, quando for o caso, a reversão em pensão por morte, descontados desse resultado o valor presente das contribuições de assistido e do custeio administrativo, quando aplicáveis;
>
> II – para participantes elegíveis, ao valor presente dos benefícios sob o regime de capitalização, incluída, quando for o caso, a reversão em pensão por morte,

descontados desse resultado o valor presente das contribuições de assistido e do custeio administrativo, quando aplicáveis, observado como mínimo o valor do resgate; e

III – para os demais participantes, ao valor presente dos benefícios sob o regime de capitalização, descontados do valor presente das contribuições de assistido e do custeio administrativo, quando aplicáveis, proporcional ao tempo de participação no plano, acrescido do valor do tempo de serviço passado, acumulado conforme as regras do regulamento, observado como mínimo o valor do resgate.

§ 3º O disposto no § 2º não se aplica aos planos de contribuição definida ou à parcela de contribuição definida das demais modalidades de planos de benefícios, em relação aos quais os participantes terão direito ao valor correspondente ao respectivo saldo de conta, obedecidas as disposições do regulamento do plano aplicadas na sua formação e manutenção.

§ 4º Aos valores individuais correspondentes às reservas matemáticas de que trata o § 2º, serão acrescidos ou subtraídos os montantes relativos, respectivamente, ao excedente ou insuficiência patrimonial, formando dessa forma a reserva matemática individual final.

§ 5º Em relação aos assistidos de planos de benefício estruturados na modalidade de benefício definido ou de contribuição variável, o valor individualizado da reserva matemática será calculado considerando que a sobrevida esperada, independentemente da tábua de mortalidade utilizada, não será inferior a sessenta meses, cabendo ao patrocinador assumir a responsabilidade pela diferença de custos decorrentes dessa reavaliação dos cálculos.

§ 6º Os valores resultantes dos procedimentos previstos neste artigo serão recalculados na data do cálculo e atualizados até a data-efetiva.

Art. 16. Os participantes e assistidos exercerão seu direito de opção, individualmente, em relação ao montante dos recursos que lhes couber:

I - pela adesão ao plano instituído por opção, quando cabível, mediante prévia e expressa manifestação individual;

II – por sua transferência para outro plano de benefícios de caráter previdenciário, observadas as disposições legais aplicáveis;

III – pelo seu recebimento em parcela única; e

IV – pela combinação das opções previstas nos incisos II e III.

Em síntese:

- No segmento fechado de previdência complementar, os proventos de complementação de aposentadoria e o resgate de reserva de poupança realizado

após a extinção do vínculo matrimonial, nos termos da legislação específica e regulamentos que regem esse modalidade não se confundem com investimentos em instituição financeira, mas possuem nítido feitio previdenciário, enquadrando-se nas definições de "pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes", verbas excluídas da comunhão no regimes da comunhão universal ou parcial de bens, nos termos do art. 1.659, inc. VII c/c o art. 1.668, inc. V, do CC/2002 (art. 263, inc. I, do CC/2016);

- Os valores depositados em planos abertos, de outra parte, equiparam-se a aplicações financeiras como outra qualquer e, portanto, as parcelas investidas na vigência da sociedade conjugal integram o patrimônio comum do casamento celebrado sobre o regime da comunhão total ou parcial de bens (arts. 1668, inc. V e 1.659, inc. VI, do Código Civil de 2002, correspondentes aos arts. 262, 263, inc. XIII, 269, inc. IV e 271, inc. IV, Código Civil de 1916), motivo pelo qual, desde que não esteja o beneficiário recebendo os proventos complementares, devem ser partilhados no momento da dissolução da sociedade conjugal. Diversamente, se, por ocasião da ruptura da vida conjugal, o titular do plano já estiver no gozo do benefício previdenciário contratado com entidade aberta, tal circunstância deve ser ponderada na sentença de partilha, para evitar o desamparo do outro cônjuge, não beneficiário do investimento realizado durante a união com valores integrantes do patrimônio comum.

Essa distinção encontra apoio em precedentes da Terceira Turma.

Com efeito, rejeitando a pretensão de partilha das contribuições vertidas por participante de plano de benefícios administrado por *entidade fechada* de previdência privada, lembro os seguintes precedentes:

> Recurso especial. Direito de Família. União estável. Regime de bens. Comunhão parcial. Previdência privada. Modalidade fechada. Contingências futuras. Partilha. Art. 1.659, VII, do CC/2002. Benefício excluído. Meação de dívida. Possibilidade. Súmula n. 7/STJ. Preclusão consumativa. Fundamento autônomo.
>
> 1. *Cinge-se a controvérsia a identificar se o benefício de previdência privada fechada está incluído dentro no rol das exceções do art. 1.659, VII, do CC/2002 e, portanto, é verba excluída da partilha em virtude da dissolução de união estável, que observa, em regra, o regime da comunhão parcial dos bens.*
>
> 2. A previdência privada possibilita a constituição de reservas para contigências futuras e incertas da vida por meio de entidades organizadas de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social.
>
> 3. As entidades fechadas de previdência complementar, sem fins lucrativos, disponibilizam os planos de benefícios de natureza previdenciária apenas aos

empregados ou grupo de empresas aos quais estão atrelados e não se confundem com a relação laboral (art. 458, § 2º, VI, da CLT).

4. O artigo 1.659, inciso VII, do CC/2002 expressamente exclui da comunhão de bens as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes, como, por analogia, é o caso da previdência complementar fechada.

5. *O equilíbrio financeiro e atuarial é princípio nuclear da previdência complementar fechada, motivo pelo qual permitir o resgate antecipado de renda capitalizada, o que em tese não é possível à luz das normas previdenciárias e estatutárias, em razão do regime de casamento, representaria um novo parâmetro para a realização de cálculo já extremamente complexo e desequilibraria todo o sistema, lesionando participantes e beneficiários, terceiros de boa-fé, que assinaram previamente o contrato de um fundo sem tal previsão*.

6. Na partilha, comunicam-se não apenas o patrimônio líquido, mas também as dívidas e os encargos existentes até o momento da separação de fato.

7. Rever a premissa de falta de provas aptas a considerar que os empréstimos beneficiaram a família, demanda o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que atrai o óbice da Súmula n. 7 deste Superior Tribunal.

8. Recurso especial não provido.

(REsp 1.477.937/MG, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ 20.6.2017).

Civil. Processual Civil. Ação de sobrepartilha. Crédito previdenciário recebido por ex-cônjuge. Pleito de aposentadoria por tempo de serviço indeferido administrativamente e objeto de ação judicial ajuizada durante o matrimônio, mas que foi objeto de pagamento pelo INSS somente após o divórcio. Comunhão e partilha. Possibilidade. Semelhança com as indenizações de natureza trabalhista, com valores atrasados originados de diferenças salariais e valores de FGTS. Aposentadoria pela previdência pública. Proventos do trabalho que se revertem ao ente familiar. Presunção de colaboração, de esforço comum dos cônjuges e comunicabilidade dos valores recebidos como fruto do trabalho de ambos. Previdência privada fechada e previdência social. Dessemelhanças.

1 - Ação ajuizada em 20/01/2014. Recurso especial interposto em 16/09/2016 e atribuído à Relatora em 03/02/2017.

2 - O propósito recursal é definir se dever. ser objeto de partilha o crédito previdenciário recebido pelo cônjuge em razão de trânsito em julgado de sentença de procedência de ação. o por ele ajuizada em face do INSS, por meio da qual lhe foi concedida aposentadoria por tempo de serviço.

3 - As indenizações de natureza trabalhista, os valores atrasados originados de diferenças salariais e decorrente do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, quando referentes a direitos adquiridos na constância do vínculo conjugal e na vigência dele pleiteados, devem ser objeto de comunhão e partilha, ainda que

a quantia tenha sido recebida apenas posteriormente à dissolução do vínculo. Precedentes.

4 - *A previdência privada fechada, por sua vez, é bem incomunicável e insuscetível de partilha por ocasião do divórcio, tendo em vista a sua natureza personalíssima, eis que instituída mediante planos de benefícios de natureza previdenciária apenas aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas aos quais os empregados estão atrelados, sem se confundir, contudo, com a relação laboral e o respectivo contrato de trabalho*. Precedente.

5 - O crédito previdenciário decorrente de aposentadoria pela previdência pública que, conquanto recebido somente veio a ser recebido após o divórcio, tem como elemento causal uma ação judicial ajuizada na constância da sociedade conjugal e na qual se concedeu o benefício retroativamente a período em que as partes ainda se encontravam vinculadas pelo casamento, deve ser objeto de partilha, na medida em que, tal qual na hipótese de indenizações trabalhistas e recebimento de diferenças salariais em atraso, a eventual incomunicabilidade dos proventos do trabalho geraria uma injustificável distorção em que um dos cônjuges poderia possuir inúmeros bens reservados frutos de seu trabalho e o outro não poderia tê-los porque reverteu, em prol da família, os frutos de seu trabalho.

6 - Em se tratando de ente familiar e de regime matrimonial da comunhão parcial de bens, a colaboração, o esforço comum e, consequentemente, a comunicabilidade dos valores recebidos como fruto de trabalho deve ser presumida.

7 - Recurso especial conhecido e provido, para reformar o acórdão recorrido e julgar procedente o pedido formulado na ação de sobrepartilha, invertendo-se a sucumbência fixada na sentença.

(REsp 1.651.292/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 5.5.2020)

Em relação aos valores investidos em *planos abertos*, a Terceira Turma, no julgamento do REsp 1.698.774/RS, julgou procedente o pedido de partilha, por considerar equiparadas essas parcelas a aplicações financeiras em geral. Confira-se:

Civil. Processual Civil. Ação de de divórcio e partilha de bens. Dever de fundamentação. Art. 489, § 1º, VI, do CPC/15. Inobservância de súmula, jurisprudência ou precedente condicionada à demonstração de distinção ou superação aplicabilidades às súmulas e precedentes vinculantes, mas não às súmulas e precedentes persuasivos. Planos de previdência privada aberta. Regime marcado pela liberdade do investidor. Contribuição, depósitos, depósitos, aportes e resgates flexíveis. Natureza jurídica multifacetada. Seguro previdenciário. Investimento ou aplicação financeira. Dessemelhanças entre os planos de

previdência privada aberta e fechada, este último insuscetível de partilha. Natureza securitária e previdenciária dos planos privados abertos verificada após o recebimento dos valores acumulados, futuramente e em prestações, como complementação de renda. Natureza jurídica de investimento e aplicação financeira antes da conversão em renda e pensionamento ao titular. Partilha por ocasião do vínculo conjugal. Necessidade. Art. 1.659, VII, do CC/2002 inaplicável. Hipótese. Prestação de informações equivocadas e juntada de documentos de declarações de imposto de renda falseadas. Litigância de má-fé. Impossibilidade de reexame da matéria. Súmula 7/STJ. Recurso especial interposto apenas pelo dissenso jurisprudencial. Impossibilidade. Súmula 284/STF.

1 - Ação ajuizada em 28/09/2007. Recurso especial interposto em 13/02/2017 e atribuído à Relatora em 09/08/2017.

2 - Os propósitos recursais consistem em definir: (i) se o dever de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, previsto no art. 489, § 1º, VI, do CPC/15, abrange também o dever de seguir julgado proferido por Tribunal de 2º grau distinto daquele a que o julgador está vinculado; (ii) se o valor existente em previdência complementar privada aberta na modalidade VGBL deve ser partilhado por ocasião da dissolução do vínculo conjugal; (iii) se a apresentação de declaração de imposto de renda com informação o incorreta tipifica litigância de má-fé.; (iv) se é possível partilhar valor existente em conta bancária alegadamente em nome de terceiro.

3 - A regra do art. 489, § 1º, VI, do CPC/15, segundo a qual o juiz, para deixar de aplicar enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, deve demonstrar a existência de distinção ou de superação, somente se aplica às súmulas ou precedentes vinculantes, mas não às súmulas e aos precedentes apenas persuasivos, como, por exemplo, os acórdãos proferidos por Tribunais de 2º grau distintos daquele a que o julgador está vinculado.

4 - *Os planos de previdência privada aberta, operados por seguradoras autorizadas pela SUSEP, podem ser objeto de contratação por qualquer pessoa física e jurídica, tratando-se de regime de capitalização no qual cabe ao investidor, com amplíssima liberdade e flexibilidade, deliberar sobre os valores de contribuição, depósitos adicionais, resgates antecipados ou parceladamente até o fim da vida, razão pela qual a sua natureza jurídica ora se assemelha a um seguro previdenciário adicional, ora se assemelha a um investimento ou aplicação financeira*.

5 - Considerando que os planos de previdência privada aberta, de que são exemplos o VGBL e o PGBL, não apresentam os mesmos entraves de natureza financeira e atuarial que são verificados nos planos de previdência fechada, a eles não se aplicam os óbices à partilha por ocasião da dissolução do vínculo conjugal apontados em precedente da 3ª Turma desta Corte (REsp 1.477.937/MG).

6 - Embora, de acordo com a SUSEP, o PGBL seja um plano de previdência complementar aberta com cobertura por sobrevivência e o VGBL seja um plano de seguro de pessoa com cobertura por e sobrevivência, a natureza securitária

> e previdenciária complementar desses contratos é marcante no momento em que o investidor passa a receber, a partir de determinada data futura e em prestações periódicas, os valores que acumulou ao longo da vida, como forma de complementação do valor recebido da previdência pública e com o prop.sito de manter um determinado padrão de vida.
>
> 7 - Todavia, *no período que antecede a percepção dos valores, ou seja, durante as contribuições e formação do patrimônio, com múltiplas possibilidades de depósitos, de aportes diferenciados e de retiradas, inclusive antecipadas, a natureza preponderante do contrato de previdência complementar aberta é de investimento, razão pela qual o valor existente em plano de previdência complementar aberta, antes de sua conversão em renda e pensionamento ao titular, possui natureza de aplicação e investimento, devendo ser objeto de partilha por ocasião da dissolução do vínculo conjugal por não estar abrangido pela regra do art. 1.659, VII, do CC/2002*.
>
> (...)
>
> 10- Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (REsp 1.698.774/RS, Relatora Miinistra Nancy Andrighi, DJ 9.9.2020).

No caso presente, os valores resgatados pelo ora recorrido são oriundos do plano de beneficios administrado pela Fundação Francisco Martins Bastos, entidade fechada de previdência complementar patrocinada pela Cia Brasileira de Petróleo Ipiranga (Grupo Ipiranga), motivo pelo qual se trata de verbas que não integram o patrimônio comum do casamento celebrado sob os regimes da comunhão universal ou parcial de bens, nos termos do art. 1.659 do Código Civil.

A impossibilidade de partilha de tal verba parece-me ainda mais manifesta, data maxima vênia, em razão da circunstância de que o recorrido já estava em gozo do benefício de previdência complementar quando da separação, o que, por si só, impediria o resgate conforme o já citado art. 24 da Resolução 6, com a redação dada pela Resolução 19/2006 do CNPC.

O resgate decorreu de fato superveniente, alheio à vontade do recorrido, a saber, a retirada do patrocínio pela sua ex-empregadora, o que lhe impôs a opção entre passar a receber um benefício menor ou fazer o resgate da sua reserva matemática individual.

Conforme acentuado pelo acórdão recorrido, tal resgate consistiu no recebimento, de uma só vez, dos proventos de aposentadoria a que, conforme cálculos atuariais, faria ele jus ao longo dos anos. Assim, segundo meu entendimento, a partilha desses valores equivaleria incluir na meação os próprios proventos de aposentadoria do recorrido.

A possibilidade de opção pelo resgate da reserva matemática individual, no caso de retirada de patrocínio, é expressa na legislação de regência da previdência complementar, e, ao meu sentir, não retira o caráter previdenciário e personalíssimo do benefício. Em sentido análogo, o parágrafo único do art. 950 do Código Civil permite à vítima de lesões corporais, que impeçam ou prejudiquem o exercício de sua profissão, optar pelo recebimento da pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou em parcela única, a título de indenização. Também aqui, segundo entendo, o pagamento em parcela única não descaracterizará o caráter personalíssimo da verba destinada a compensar o prejuízo à capacidade laborativa.

Em face do exposto, com a devida vênia do voto do eminente Relator, nego provimento ao recurso especial.

Deixo de majorar os honorários advocatícios nos termos do disposto no art. 85, § 11, do CPC/2015, em razão de o recurso especial ter sido interposto contra acórdão proferido antes de 18.3.2016 (Enunciado Administrativo n. 7/STJ).

É como voto.

VOTO-DESEMPATE

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de voto desempate tendo como tema central a análise da questão atinente à possibilidade de *partilha de valores resgatados de plano de benefícios de previdência complementar firmado com entidade fechada de previdência, em caso de rompimento de casamento no qual estabelecido o regime de comunicação universal de bens*, principalmente qual a natureza jurídica aplicável (previdenciária personalíssima ou mero investimento).

O acórdão proferido pela Corte de origem encontra-se assim ementado (fl. 416):

> Apelação cível. Ação de sobrepartilha. Procedência. Inconformismo. Previdência privada. Mudanças na empresa financiadora. Opção pelo recebimento adiantado de todas as parcelas. Valor excluído da comunhão. Art. 1.668, VI e VII do CC. Direito individual de aposentadoria e não aplicação financeira. Requerido que já recebia aposentadoria comum e complementar quando da separação. Sentença reformada. Inversão dos ônus da sucumbência.
>
> 1. "Assim como os valores do fundo de garantia por tempo de serviço, a quantia depositada com o escopo de garantia da aposentadoria (previdência privada),

> quando não sacada durante a união, não se reverte em proveito do casal, porque mantém a sua natureza personalíssima" (Apelação Cível n. 70047144035, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felippe Schmitz, Julgado em 28/06/2012).
>
> 2. Recurso conhecido e provido.

Nas razões do recurso especial, a insurgente alega, em síntese, violação ao art. 1º da Lei Complementar n. 109/2001, sob o argumento de que os valores resgatados pelo ex-cônjuge de entidade fechada de previdência complementar, oriundos das contribuições vertidas na constância do casamento celebrado sob o regime da comunhão universal de bens, integram o patrimônio comum e devem ser partilhados, ainda que o saque tenha ocorrido após a dissolução da sociedade conjugal.

Assevera que a previdência privada é autônoma em relação ao contrato de trabalho e que constitui um fundo de investimento, o qual pode ser resgatado, constituindo-se como aplicação financeira.

Sustenta que o entendimento do acórdão recorrido de excluir essas parcelas da partilha encontra-se em divergência com a orientação da Quarta Turma do STJ que, ao examinar "caso idêntico", no julgamento do REsp n. 1.121.719/SP, concluiu que os valores investidos em plano de previdência privada não possuem natureza alimentar, motivo pelo qual ficam sujeitos à penhora, mesmo posicionamento também adotado pela Quarta Turma no AgInt no AG n. 1.284.772/RS.

O e. relator, Ministro Luiz Felipe Salomão, dá provimento ao recurso especial para julgar procedente o pedido formulado na inicial, reconhecendo o direito da autora ao recebimento de 50% do numerário resgatado líquido e estabelece custas e honorários advocatícios a cargo do recorrido, esses últimos fixados em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Extrai-se dos fundamentos lançados no voto do e. relator que, na hipótese de resgate da reserva matemática (de poupança) decorrente do desligamento do participante de entidade aberta ou fechada de previdência privada, a verba perde a natureza previdenciária, equiparando-se a aplicações financeiras. Na hipótese, por ter ficado demonstrado que as contribuições foram vertidas para a entidade de previdência privada na vigência do casamento e objeto de resgate após a extinção da sociedade conjugal, deveria ser objeto de partilha 50% do valor líquido sacado pelo ora recorrido.

Segundo o entendimento esposado pelo e. relator e pelo e. Ministro Antonio Carlos Ferreira que o acompanhou na fundamentação de mérito, não tem relevância para a solução da presente controvérsia a circunstância de a previdência privada ser mantida em entidade fechada ou aberta, dado que a questão central reside no fato dos valores terem ou não sido resgatados, pois enquanto não levantados, conservam a natureza personalíssima, sendo portanto, incomunicáveis e, havendo o resgate, mesmo em momento posterior à extinção da vida conjugal, o valor correspondente deve integrar o patrimônio comum dos ex-consortes a ser partilhado.

Abrindo divergência, a e. Ministra Isabel Galloti, no que foi acompanhada pelo e. Ministro Raul Araújo - na integralidade - e pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira apenas quanto ao desfecho do caso concreto, nega provimento ao reclamo especial.

Dos fundamentos elencados, extrai-se:

a) "no segmento fechado de previdência complementar, o tratamento legal é inteiramente diverso daquele estabelecido nos planos de beneficios mantidos por entidades abertas de previdência;

b) "na modalidade fechada de previdência privada, foi estabelecido conceito específico de resgate, com regras restritivas que impedem sua utilização a qualquer tempo, destinadas a coibir eventual pretensão do participante de utilizar esses recursos com finalidade diversa da precípua proteção previdenciária para a qual foi concebida, circunstância que afasta a liquidez própria das aplicações financeiras";

c) "os valores resgatados pelo ora recorrido são oriundos do plano de beneficios administrado pela Fundação Francisco Martins Bastos, entidade fechada de previdência complementar patrocinada pela Cia Brasileira de Petróleo Ipiranga (Grupo Ipiranga), motivo pelo qual se trata de verbas que não integram o patrimônio comum do casamento celebrado sob os regimes da comunhão universal ou parcial de bens, nos termos do art. 1.659 do Código Civil";

d) impossível a partilha de tal verba, porquanto "o recorrido já estava em gozo do benefício de previdência complementar quando da separação, o que, por si só, impediria o resgate conforme o já citado art. 24 da Resolução 6, com a redação dada pela Resolução 19/2006 do CNPC", ou seja, "o resgate decorreu de fato superveniente, alheio à vontade do recorrido, a saber, a retirada do patrocínio pela sua ex-empregadora, o que lhe impôs a opção entre passar

a receber um benefício menor ou fazer o resgate da sua reserva matemática individual";

e) "conforme acentuado pelo acórdão recorrido, tal resgate consistiu no recebimento, de uma só vez, dos proventos de aposentadoria a que, conforme cálculos atuariais, faria ele jus ao longo dos anos. Assim, segundo meu entendimento, a partilha desses valores equivaleria incluir na meação os próprios proventos de aposentadoria do recorrido".

Diante do empate estabelecido relativamente à fundamentação, os autos vieram conclusos para definição por parte deste signatário.

É o relatório.

Voto

Com a devida vênia do e. Relator e do Ministro Antonio Carlos, acompanho a divergência inaugurada pela e. Ministra Isabel Gallotti e corroborada pelo Ministro Raul Araújo, para negar provimento ao recurso especial diante da impossibilidade de partilha dos recursos resgatados do plano de benefício de previdência do ora recorrido junto à entidade fechada de previdência.

1. Ressalta-se que, nessa oportunidade, apenas se discute a possibilidade de partilha em vida de patrimônio *resgatado* de plano de benefício previdenciário firmado com *entidade fechada de previdência*, decorrente de rompimento do *vínculo conjugal* no qual estabelecido o *regime de comunicação universal de bens*.

No caso em exame, é incontroverso que as verbas cuja partilha pretende a autora da ação ver incluídas na meação têm por origem o resgate das contribuições vertidas pelo ora recorrido para plano de benefício administrado por entidade fechada de previdência complementar - Fundação Francisco Martins Bastos, patrocinada pela Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga ("Grupo Ipiranga").

Conforme consta do acórdão recorrido, os contendores casaram-se em 26/11/1977 pelo regime da comunhão universal de bens, separando-se judicialmente em 31/08/2005, momento no qual o réu já estava aposentado e em gozo do benefício complementar, tendo, no entanto, em momento posterior à separação, ocorrido o "resgate" da aposentadoria em razão da perda do patrocínio por parte da empregadora.

Pois bem, é inegável que, os planos de previdência, sejam eles firmados com entidades fechadas ou abertas, sempre se constituem em planos de sobrevivência

(opondo-se a seguros de vida, que somente pagam indenizações na hipótese de falecimento da pessoa), com o intuito de gerar renda previdenciária.

Porém, no segmento fechado de previdência complementar, o tratamento legal é peculiar dado que as entidades fechadas atuam de forma complementar à Previdência Social, sujeitas ao controle e fiscalização da Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC e do Conselho de Gestão da Previdência Complementar - CGPC, sendo constituídas sob a forma de fundação ou sociedade civil (LC 109/2001, art. 31, § 1º), sem intuito de obter lucro, tendo por objeto exclusivamente a administração de planos de benefícios de natureza previdenciária em prol de empregados e servidores públicos de determinada empresa ou ente estatal ou associação, para os quais tenham autorização do órgão regulador (LC 109/2001, art. 32).

Consequentemente, os recursos vertidos aos planos das entidades fechadas devem ser analisados segundo a lógica precípua dos fundos de previdência; qual seja, a de constituir um acervo financeiro a ser utilizado apenas no momento da aposentadoria dos participantes, tendo, portanto, nítido caráter previdenciário, em oposição aquele de investimento/aplicação financeira próprio das entidades abertas.

Ademais, na modalidade fechada de previdência privada, foi estabelecido conceito específico de resgate, com regras restritivas que impedem sua utilização a qualquer tempo, destinadas a coibir eventual pretensão do participante de utilizar esses recursos com finalidade diversa da precípua proteção previdenciária para a qual foi concebida, circunstância que afasta a liquidez própria das aplicações financeiras.

Dentre essas regras, destaca-se a constante do art. 22 da Resolução 6 do Conselho de Gestão da Previdência Complementar - CNPC, órgão regulador do segmento fechado (LC 109/2001, art. 74 e Lei 12.154/2009, art. 13), impositiva do rompimento do vínculo empregatício como condição para o pagamento do resgate, bem ainda a disposta no artigo 24 da mesma resolução, porém com a redação conferida pela Resolução 19, de 25/09/2006, que estabelece: "O resgate não será permitido caso o participante esteja em gozo de benefício".

Conforme referido pela e. Ministra isabel Gallotti, "*é incontroverso que o ora recorrido encontrava-se em gozo do benefício de complementação de aposentadoria e, portanto, não poderia pleitear o resgate de sua reserva de poupança por ocasião da separação do casal. O pagamento das quantias a ele destinadas decorreu exclusivamente da retirada do patrocinador da entidade, hipótese prevista no art.*

25 da LC 109/2001 e efetivada mediante autorização do órgão regulador, após análise da situação econômico-financeira e atuarial do plano de benefícios, conforme os rigorosos procedimentos destinados a 'acerto de contas' minuciosamente descritos na Resolução CNPC n. 11, de 13.5.2013, na qual também se encontra estabelecida a forma de apuração do cálculo dos recursos que couber a cada participante (reserva matemática individual final), montante diferente do conceito de resgate de reserva de poupança, tudo nos termos dos arts. 2º, inc. IX, 8º, 16, inc. I a IV, e 17".

Confira-se, por oportuno, o seguinte precedente da Terceira Turma no qual fora rejeitada a pretensão de partilha das contribuições vertidas por participante de plano de benefícios administrado por entidade fechada de previdência privada:

> Recurso especial. Direito de Família. União estável. Regime de bens. Comunhão parcial. Previdência privada. Modalidade fechada. Contingências futuras. Partilha. Art. 1.659, VII, do CC/2002. Benefício excluído. Meação de dívida. Possibilidade. Súmula n. 7/STJ. Preclusão consumativa. Fundamento autônomo.
>
> 1. Cinge-se a controvérsia a identificar se o benefício de previdência privada fechada está incluído dentro no rol das exceções do art. 1.659, VII, do CC/2002 e, portanto, é verba excluída da partilha em virtude da dissolução de união estável, que observa, em regra, o regime da comunhão parcial dos bens.
>
> 2. A previdência privada possibilita a constituição de reservas para contigências futuras e incertas da vida por meio de entidades organizadas de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social.
>
> *3. As entidades fechadas de previdência complementar, sem fins lucrativos, disponibilizam os planos de benefícios de natureza previdenciária apenas aos empregados ou grupo de empresas aos quais estão atrelados e não se confundem com a relação laboral (art. 458, § 2º, VI, da CLT).*
>
> *4. O artigo 1.659, inciso VII, do CC/2002 expressamente exclui da comunhão de bens as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes, como, por analogia, é o caso da previdência complementar fechada.*
>
> *5. O equilíbrio financeiro e atuarial é princípio nuclear da previdência complementar fechada, motivo pelo qual permitir o resgate antecipado de renda capitalizada, o que em tese não é possível à luz das normas previdenciárias e estatutárias, em razão do regime de casamento, representaria um novo parâmetro para a realização de cálculo já extremamente complexo e desequilibraria todo o sistema, lesionando participantes e beneficiários, terceiros de boa-fé, que assinaram previamente o contrato de um fundo sem tal previsão.*
>
> 6. Na partilha, comunicam-se não apenas o patrimônio líquido, mas também as dívidas e os encargos existentes até o momento da separação de fato.

7. Rever a premissa de falta de provas aptas a considerar que os empréstimos beneficiaram a família, demanda o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que atrai o óbice da Súmula n. 7 deste Superior Tribunal.

8. Recurso especial não provido.

(REsp 1.477.937/MG, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ 20.6.2017) - grifo nosso.

Efetivamente, no presente caso, os valores resgatados pelo ora recorrido são oriundos do plano de beneficios administrado entidade fechada de previdência complementar, motivo pelo qual se constituem em verbas que não integram o patrimônio comum do casamento celebrado sob os regimes da comunhão universal ou parcial de bens, nos termos do art. 1.659 do Código Civil.

Ademais, a corroborar mais uma vez a impossibilidade de partilha de tal verba, é fato que o recorrido já estava em gozo do benefício de previdência complementar quando da separação e o resgate decorreu de fato superveniente decorrente da retirada do patrocínio pela sua ex-empregadora, o que impôs o recebimento, de uma só vez, dos proventos de aposentadoria a que, conforme cálculos atuariais, faria ele jus ao longo dos anos, ou seja, a possibilidade de opção pelo resgate da reserva matemática individual, no caso de retirada de patrocínio, não retira o caráter previdenciário e personalíssimo do benefício.

2. Do exposto, rogando as mais respeitosas venias ao e. relator e ao e. Ministro Antonio Carlos, acompanho a divergência inaugurada pela e. Ministra Isabel Gallotti - na fundamentação e no caso concreto - para negar provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.783.269-MG (2017/0262755-5)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira
Recorrente: Facebook Servicos Online do Brasil Ltda.
Advogado: Janaina Castro de Carvalho e outro(s) - DF014394
Advogados: Isabela Braga Pompilio e outro(s) - DF014234
Eduardo Antonio Lucho Ferrão e outro(s) - DF009378
Bruno Beserra Mota - DF024132

Celso de Faria Monteiro - MG145559
Bruno Miarelli Duarte - MG093776N
Recorrido: G O D
Repr. por: G D N
Advogado: Robson Santiago de Freitas - MG117670

EMENTA

Direito Civil, Infantojuvenil e Telemático. Provedor de aplicação. Rede social. Danos morais e à imagem. Publicação ofensiva. Conteúdo envolvendo menor de idade. Retirada. Ordem judicial. Desnecessidade. Proteção integral. Dever de toda a sociedade. Omissão relevante. Responsabilidade civil configurada.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 18) e a Constituição Federal (art. 227) impõem, como dever de toda a sociedade, zelar pela dignidade da criança e do adolescente, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, com a finalidade, inclusive, de evitar qualquer tipo de tratamento vexatório ou constrangedor.

1.1. As leis protetivas do direito da infância e da adolescência possuem natureza especialíssima, pertencendo à categoria de diploma legal que se propaga por todas as demais normas, com a função de proteger sujeitos específicos, ainda que também estejam sob a tutela de outras leis especiais.

1.2. Para atender ao princípio da proteção integral consagrado no direito infantojuvenil, é dever do provedor de aplicação na rede mundial de computadores (Internet) proceder à retirada de conteúdo envolvendo menor de idade – relacionado à acusação de que seu genitor havia praticado crimes de natureza sexual – logo após ser formalmente comunicado da publicação ofensiva, independentemente de ordem judicial.

2. O provedor de aplicação que, após notificado, nega-se a excluir publicação ofensiva envolvendo menor de idade, deve ser responsabilizado civilmente, cabendo impor-lhe o pagamento de indenização pelos danos morais causados à vítima da ofensa.

2.1. A responsabilidade civil, em tal circunstância, deve ser analisada sob o enfoque da relevante omissão de sua conduta, pois

deixou de adotar providências que, indubitavelmente sob seu alcance, minimizariam os efeitos do ato danoso praticado por terceiro, o que era seu dever.

2.2. Nesses termos, afigura-se insuficiente a aplicação isolada do art. 19 da Lei Federal n. 12.965/2014, o qual, interpretado à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, não impede a responsabilização do provedor de serviços por outras formas de atos ilícitos, que não se limitam ao descumprimento da ordem judicial a que se refere o dispositivo da lei especial.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Marco Buzzi, que dava provimento ao recurso especial. Com acréscimos de fundamentação dos Ministros Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti. Votou vencido o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão (Presidente), Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2021 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 18.2.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto por *Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação do agora recorrente, em acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 218):

> *Apelação cível. Ação indenizatória. Dano moral. Conteúdo difamatório. Rede social. Não retirada de material ofensivo quando denunciado. Responsabilidade. Dever de indenizar. Reconhecimento.* Quantum *indenizatório. Fixação. Razoabilidade e proporcionalidade. Observância necessária*. Restando demonstrado nos autos que à apelante compete diligenciar no sentido de evitar conteúdos

> difamatórios e ofensivos disponibilizados ao acesso público, e, abstendo-se de fazê-lo, responderá por eventuais danos à honra e dignidade dos usuários decorrentes da má utilização dos serviços disponibilizados. No arbitramento do valor da indenização por dano moral devem ser levados em consideração a reprovabilidade da conduta ilícita e a gravidade do dano impingido, de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, cuidando-se para que ele não propicie o enriquecimento imotivado do recebedor, bem como não seja irrisório a ponto de se afastar do caráter pedagógico inerente à medida.

Os embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ, fls. 245/255).

Nas razões do recurso especial, fundamentado no art. 105, III, "a" e "c" da CF, o recorrente aponta, além de dissídio jurisprudencial, violação dos seguintes dispositivos legais:

(i) art. 19, *caput* e § 1º, do Marco Civil da *Internet*, "segundo o qual a responsabilidade civil do provedor de aplicações de *internet* decorre do não atendimento de ordem judicial específica" (e-STJ, fl. 265), e

(ii) arts. 186 e 927 do CC/2002 e 14, § 3º, do CDC, "já que inexistindo descumprimento de ordem judicial para a remoção do conteúdo impugnado, o não atendimento da denúncia *online* não caracteriza ato ilícito, o que impede a condenação para reparação civil" (e-STJ, fl. 265).

Em suma, busca seja afastada a condenação ao pagamento de indenização por danos morais e, por consequência, os ônus sucumbenciais, pelos seguintes fundamentos (e-STJ, fl. 305):

> (i) a legislação aplicável à hipótese dos autos é o art. 19 da Lei 12.965/2014, expressa quanto à limitação da responsabilidade do provedor de aplicações às hipóteses de descumprimento de ordem judicial (que jamais ocorreu no caso em tela, uma vez que o conteúdo estava indisponível quando do cumprimento da liminar); e,
>
> (ii) a manutenção da condenação sem que tenha havido defeito e sem que se tenha praticado ato ilícito viola o art. 14, § 1º, II do CDC, os arts. 186 e 927 do CC, bem como nega vigência ao art. 14, § 3º, II do CDC, uma vez que o Recorrente não pode ser responsabilizado por ato exclusivo de terceiro.
>
> [...] Subsidiariamente, na remota e exclusiva hipótese de V. Exas. entenderem que não há prequestionamento da matéria ora debatida - o que de admite *ad argumentandum* -, requer-se seja reconhecida a nulidade do acórdão dos embargos de declaração, nos termos expostos nas razões recursais, com a remessa dos autos à Corte a quo para novo julgamento e expressa manifestação sobre as omissões/obscuridades apontadas, de forma a suprir o requisito de prequestionamento.

Contrarrazões apresentadas às fls. 404/419 (e-STJ).

Parecer do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso (e-STJ, fls. 561/564).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais ajuizada por G. D. N., por si e representando seu filho, o menor G. O. D., contra *Facebook Serviços Online do Brasil Ltda*, cujos fatos encontram-se assim descritos na petição inicial (e-STJ, fls. 3/4; grifei):

> No dia 30 de setembro de 2014, aproximadamente por volta das 11hs00min o 1º Autor recebeu telefonema de um de seus amigos lhe informando que uma *fotografia sua e de seu filho,* neste ato na qualidade de 2º Autor, havia sido publicada em uma página da rede social Facebook com a seguinte mensagem (DOC.01):
>
> > *Atenção comunicado urgente cuidado com esse homem ele é pedófilo estuprou a própria sobrinha se alguém o ver denuncie ele é perigoso seu nome é [G. D.] não deixe seus filhos perto dele*.
>
> Com a referida informação o 1º Autor procurou a referida página e constatou que o perfil estava em nome de [C. D.] e que esta suposta pessoa havia enviado convite para todos aqueles que estavam cadastrados como seus amigos na referida rede social.
>
> Ante a este fato, o 1º Autor imediatamente denunciou o ato ilícito à empresa Ré que respondeu com a seguinte mensagem (DOC.02):
>
> > Agradecemos o tempo dedicado em denunciar algo que você acredita violar nossos Padrões da comunidade. Denúncias como a sua são uma parte importante do processo para tornar o Facebook um local seguro e acolhedor. *Analisamos a foto denunciada por você por assédio e constatamos que ela não viola nossos Padrões de comunidade*.

O Juízo de primeira instância julgou procedente o pedido inicial "para condenar o Réu a pagar aos Autores a importância de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) a título de danos morais, sendo devido a cada Autor o valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais)" (e-STJ, fl. 148), pelos seguintes fundamentos (e-STJ, fls. 144/147; grifei):

Pois bem, pela análise dos documentos de fls. 23 e 25 verifico que não há dúvida quanto à existência de conteúdo que *denigre a imagem do Autor e o expõe de forma abusiva, tal como seu filho*.

Não obstante, o conteúdo pejorativo repercutiu entre conhecidos dos Autores, como se depreende das fls. 25/26, os submetendo claramente a uma situação vexatória.

Diante do exposto, tendo em vista que *a publicação que veiculou a imagem dos Autores com conteúdo difamatório e ofensivo partiu de um perfil hospedado em site de incumbência do Réu, este possui responsabilidade civil frente aos Autores, tendo em vista que deixou de tomar imediatas providências para coibir o comportamento do usuário infrator tão logo informado a respeito por meio de denúncia oferecida pelo Autor* (fl. 24).

Desse modo, deve o Réu indenizar os Autores pelos prejuízos a que deu causa, independentemente da análise da culpa, porquanto permaneceu inerte face à denúncia feita.

[...]

Quanto à Lei 12.965/14, é certo que o Réu se enquadra no conceito de provedor de conteúdo, pois possibilita a seus usuários inserirem informações na Internet através das páginas nele hospedadas.

Lado outro, é fato notório que o Réu firma contrato de adesão com seus usuários, que o possibilita remover mensagens e fotos inapropriadas, publicadas na página pessoal desses.

Por tal motivo, ainda que o Réu não seja obrigado a controlar, de forma prévia, o conteúdo postado por seus usuários, é certo que, por controle posterior, pode retirar aquele de cunho ofensivo e que causa lesão os direitos de terceiros, se assim for notificado.

Dessa forma, descumprida esta obrigação, ou seja, quedando-se inerte o provedor diante do uso temerário da página pelo internauta, torna-se aquele responsável pelos eventuais danos daí decorrentes, como na hipótese dos autos, em que a notificação ao Réu foi devidamente feita e comprovada pelos Autores (fl. 24).

Assim, entendo que não há dúvida de que o comportamento do Réu constitui ato ilícito e gera, não só a obrigação de corrigir o ato ofensivo, como também o dever de indenizar os danos morais suportados pelos Autores decorrentes do referido ato, em que a imagem dos Autores foi veiculada com graves acusações criminais, vindo os Autores a serem identificados por diversas pessoas do seu ciclo social.

É inquestionável o sofrimento dos Autores com a situação relatada na inicial, ao ver seu nome exposto na *internet*, de maneira pública, indevida, agressiva e desproporcional, ultrapassando, a toda evidência, o direito à livre manifestação do pensamento.

> *Por conseguinte, a inércia do Réu fez com que a honra e a credibilidade dos Autores continuassem a ser atacados, restando patente o nexo causal entre a conduta do Réu e a lesão a direito de personalidade dos Autores*.
>
> [...]
>
> Desse modo, por tudo o que foi exposto, deve o pedido de indenização por danos morais ser julgado procedente.

Interposto recurso de apelação, o Tribunal estadual, por unanimidade, manteve a sentença, nos seguintes termos (e-STJ, fls. 222/224 - grifei):

> *Dessa maneira, infere-se da resposta acima, a recusa da apelante, e certamente o art. 19 do Marco Civil da Internet não pode isentá-la da responsabilidade civil decorrente de sua inércia, como defendido nas razões do apelo*.
>
> *Impende destacar que, a meu ver, a proteção da honra, da imagem e da privacidade não pode ser condicionada a uma ordem judicial, às custas de evidente prejuízo à parte hipossuficiente, que não possui meios eficazes de impedir a continuação de circulação de seu nome e imagem de forma difamatória*.
>
> Destarte, o provedor da rede social não lança mão de ferramentas para apuração da "denúncia" de material difamatório, mas apenas aguarda uma ordem judicial para a retirada deste material, ao invés de, preventivamente, diligenciar para proteger a imagem do cidadão.
>
> Qual seria, então, a utilidade do link, disponibilizado pelo próprio apelante, para denúncia de material ofensivo, se se mantém omisso, no aguardo de uma futura decisão judicial para a retirada da rede do citado material?
>
> [...]
>
> Assim, uma vez ciente de publicações ofensivas, o provedor da rede social deve retirá-las de circulação, sob pena de ser responsabilizado pelos danos por elas causados, mesmo que não seja exigível o controle prévio dos conteúdos que circulam no ambiente virtual.
>
> Neste contexto, entendo como regra geral, que os provedores de serviços de *internet* devem responder solidariamente pelo conteúdo que disponibilizam à consulta na rede, caso não tomem a devida providência quando denunciados.
>
> Assim, para excluir a responsabilidade do apelante, configurando-se a hipótese de fato de terceiro, necessária seria a imediata retirada da rede social do perfil ofensivo, quando denunciado, o que não foi feito.
>
> Portanto, no que concerne ao dano moral, entendo que restou induvidoso, devendo a ré indenizar aos autores pelos prejuízos a que deu causa, independentemente da análise da culpa.

Nas razões do recurso especial, não se contesta o fato de que houve recusa na exclusão da publicação da imagem, com conteúdo ofensivo, em prejuízo do genitor e de seu filho menor de idade (e-STJ, fl. 270). O propósito da irresignação consiste apenas em afastar a responsabilidade civil do provedor por ausência de ordem judicial, prévia e específica, determinando a retirada do conteúdo gerado por terceiros, conforme dispõe a Lei do Marco Civil da *Internet*.

Nesse contexto, verifica-se que os autores tiveram ciência da publicação com conteúdo ofensivo em 30/9/2014 (e-STJ, fl. 3), data em que já vigorava a Lei n. 12.965/2014, o Marco Civil da *Internet*. De acordo com o art. 19 da norma em referência, o provedor somente será responsável civilmente, em razão de publicação gerada por terceiro, se descumprir ordem judicial determinando as providências necessárias para cessar a exibição do conteúdo ofensivo, com a finalidade de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, nos seguintes termos:

> Art. 19 – Com o intuito de assegurar a *liberdade de expressão e impedir a censura*, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, *após ordem judicial específica*, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário (grifei).

De fato, a norma do Marco Civil da *Internet* exige o descumprimento de ordem judicial para a responsabilização civil do provedor do serviço de comunicação – por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros –, circunstância que, a rigor, poderia ensejar o decreto de improcedência dos pedidos iniciais. Ressalto que o dispositivo legal tem sido eloquentemente criticado pela doutrina, que entende constituir um retrocesso em termos de proteção à pessoa:

> O que antes era uma faculdade o recurso ao poder judiciário - passa a ser uma obrigatoriedade, invertendo-se a lógica do direito fundamental ao amplo acesso à justiça (art. 5º XXXV da CF/88) pela obrigatoriedade de acesso à justiça, para efeitos de configuração da responsabilidade civil do provedor que se mantém inerte.
>
> Enquanto a responsabilidade civil caminha rumo à erosão de seus filtros, a responsabilidade civil no segmento da *internet* incorpora novos requisitos para

> que os provedores se responsabilizem pelos danos causados em seu ambiente virtual.
>
> (QUEIROZ, João Quinelato. *Responsabilidade Civil na Rede: danos e liberdades à luz do Marco Civil da Internet*. Editora Processo. Rio de Janeiro: 2019, p. 245).

Nesse mesmo sentido, João Victor Rozatti Longhi afirma a deficiência normativa do Marco Civil da *Internet* na proteção da dignidade da pessoa, ao condicionar a necessidade de ordem judicial específica para a responsabilização do provedor:

> Utilizar como subterfúgio o caráter absoluto da liberdade de expressão para acobertar modelos de negócios irresponsáveis parece ser a subversão completa dos valores constitucionais, que sempre tiveram as situações subjetivas existenciais como corolário do epicentro axiológico do ordenamento: a dignidade da pessoa humana em todos os seus aspectos. Em outros termos, usar o direito fundamental à liberdade de expressão como base da "inimputabilidade" de todo e qualquer intermediário da rede esconde a tutela de um único direito fundamental em detrimento de todos os outros: a livre iniciativa.
>
> (LONGHI, João Victor Rozatti. *Responsabilidade Civil e Redes Sociais. Retirada de conteúdo, perfis falsos, discurso de ódio e fake news*. Editora Foco. São Paulo: 2020, p. 95).

No mais, a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 será ainda decidida pelo Supremo Tribunal Federal (Tema n. 987/STF), que reconheceu repercussão geral da questão constitucional suscitada, sem determinar a suspensão dos processos em curso. O acórdão está assim ementado:

> Direito Constitucional. Proteção aos direitos da personalidade. Liberdade de expressão e de manifestação. Violação dos arts. 5º, incisos IV, IX, XIV; e 220, *caput*, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Prática de ato ilícito por terceiro. Dever de fiscalização e de exclusão de conteúdo pelo prestador de serviços. Reserva de jurisdição. Responsabilidade civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais. Constitucionalidade ou não do art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14) e possibilidade de se condicionar a retirada de perfil falso ou tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente somente após ordem judicial específica. Repercussão geral reconhecida.
>
> (RE 1.037.396 RG, Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2018, Processo Eletrônico DJe-063 divulg 03-04-2018 public 04-04-2018.)

No caso dos autos, há um importante fator a ser considerado: a publicação de terceiro contém imagem de menor de idade com seu genitor, correlacionada

a grave acusação dos crimes de pedofilia e de estupro, supostamente praticados pelo pai, cujo texto transcrevo (e-STJ, fl. 3):

> Atenção comunicado urgente cuidado com esse homem ele é pedófilo estuprou a própria sobrinha se alguém o ver denuncie ele é perigoso seu nome é G D não deixe seus filhos perto dele.

A mensagem com a fotografia foi inclusive divulgada para os amigos da rede social do genitor, conforme relatado na petição inicial (e-STJ, fl. 3):

> Com a referida informação o 1º Autor procurou a referida página e constatou que o perfil estava em nome de [C. D.] e que esta suposta pessoa havia enviado convite para todos àqueles que estavam cadastrados como seus amigos na referida rede social.

Notificado pelo autor G. D. N., o provedor *Facebook Serviços Online do Brasil Ltda* recusou-se excluir a publicação, por entender que não violava seus "padrões de comunidade" (e-STJ, fl. 3):

> Agradecemos o tempo dedicado em denunciar algo que você acredita violar nossos Padrões da comunidade. Denúncias como a sua são uma parte importante do processo para tornar o Facebook um local seguro e acolhedor. *Analisamos a foto denunciada por você por assédio e constatamos que ela não viola nossos Padrões de comunidade* (grifei).

Em tais circunstâncias, considerando a relevante omissão do agora recorrente, entendo que houve grave violação, por terceiro, do direito do menor de idade de preservar sua imagem e identidade, em razão da divulgação de sua fotografia, sem autorização dos representantes legais, vinculada a conteúdo impróprio, em total desacordo com a proteção conferida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesses termos, impõe-se avaliar se a recusa do provedor em excluir a publicação ofenderia as normas protetivas da infância e da juventude.

De pronto, ressalto que o ECA prevê, de forma expressa, a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação de sua imagem e de sua identidade, *in verbis*:

> Art. 17 – O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Inobstante todas as pessoas possuírem o direito ao respeito como forma de resguardo da integridade física, psíquica e moral, *"em relação às crianças e adolescentes, esse direito surge potencializado, pois os danos que podem surgir em razão de sua inobservância são irreversíveis, acompanhando aquelas pessoas por toda a sua vida"* (ROSSATO, Luciano Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo, CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: Lei 8.069/1990: artigo por artigo.* Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, São Paulo: 2012, p. 145).

Como garantia de que essa proteção será de fato implementada, a lei compele *toda a sociedade* – no que se incluem as pessoas jurídicas e seus responsáveis – a velar pela dignidade do menor, pondo-o a salvo de exposição vexatória ou constrangedora:

> Art. 18 – É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Assim, há uma imposição legal, com eficácia *erga omnes*, determinando não apenas que se respeite a integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, mas prevendo uma obrigação de agir, direcionada a todos da sociedade, que passam a ser agentes de proteção dos direitos do menor, na medida do razoável e do possível.

Esse dispositivo encontra-se em consonância com o comando inserto no art. 227 da Constituição Federal, o qual, ao consagrar o princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente, impõe a todos o dever de preservá-los de "*toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*":

> Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com *absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A responsabilidade civil do recorrente, dessarte, deve ser analisada sob a ótica da *relevante omissão* de sua conduta, pois deixou de adotar providências que, indubitavelmente a seu alcance – e, sobretudo, após requerimento da parte interessada –, minimizariam os efeitos do ato danoso praticado por terceiro, o que era seu dever.

Nesses termos, parece-me insuficiente a aplicação isolada do art. 19 da Lei n. 12.965/2014, que, interpretado à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, não impede a responsabilização do provedor de serviços por outras formas de atos ilícitos, não se limitando ao descumprimento da ordem judicial a que se refere o dispositivo da lei especial.

Não pesa controvérsia sobre o fato de que o recorrente, como gestor da rede social, possui condições de excluir, independendemente de ordem judicial e imediatamente após ser cientificado da gravidade dos fatos, a publicação contendo fotografia de criança, relacionada a conduta sexual criminosa. Causa estranheza a resposta oferecida pelo recorrente, de que a foto de uma criança acompanhada de um adulto (pai do infante), acusado de pedofilia, não viola os padrões da comunidade do Facebook. Mesmo diante de um requerimento motivado, feito pelo genitor, absteve-se de adotar qualquer forma de conduta protetiva, não cuidando sequer de ocultar a imagem do menor, assim protegendo sua identidade.

Ainda que se cogitasse da existência de antinomia entre o disposto na *Lei do Marco Civil da* ***Internet*** – que estabelece, como condição para responsabilidade civil do provedor de *internet*, o descumprimento de ordem judicial determinando a exclusão de conteúdo ofensivo publicado por terceiro – e o *Estatuto da Criança e do Adolescente* – que impõe o dever de todos de zelar pela integridade moral do menor de idade, protegendo sua imagem e identidade –, é forçoso reconhecer a preponderância das normas protetivas do direito infantojuvenil em hipóteses como a que se examina nestes autos, seja pela supremacia do preceito constitucional (art. 227), seja porque, enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente traduz-se em disciplina especial por decorrência do sujeito tutelado, o Marco Civil da *Internet* reserva sua especialidade para o campo de atuação da modalidade de prestação de serviço.

Nessa perspectiva, para Maria Helena Diniz, a "falta de um critério que possa resolver a antinomia de segundo grau, o critério dos critérios para solucionar o conflito normativo seria o princípio supremo da justiça: entre duas normas incompatíveis dever-se-á escolher a mais justa. Isso é assim porque os referidos critérios não são axiomas, visto que gravitam na interpretação ao lado de considerações valorativas, fazendo com que a lei seja aplicada de acordo com a consciência jurídica popular e com os objetivos sociais. Portanto, excepcionalmente, o valor *justum* deve lograr entre duas normas incompatíveis" (DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. Editora Saraiva. 15ª edição, São Paulo: 2010, p. 102).

Com efeito, o Estatuto da Criança e do Adolescente pertence à categoria de lei que se propaga por todas as demais normas, com a função de proteger sujeitos específicos – a criança e o adolescente –, ainda que estejam sob a tutela de outras leis especiais.

Portanto, o ECA possui caráter "especialíssimo", prevalecendo como sistema protetivo da Criança e do Adolescente, em detrimento da lei regente do serviço de informação prestado pelo provedor de *internet*.

Nessa mesma linha de pensamento, observo que esta Quarta Turma ratificou voto que proferi para julgamento do HC n. 648.097/MG, do qual se extrai a assertiva de que "*no exame de demandas envolvendo interesses de crianças deve ser eleita solução da qual resulte maior conformação aos princípios norteadores do Direito da Infância e da Adolescência, notadamente a proteção integral e, sobretudo, o melhor interesse dos infantes, derivados da prioridade absoluta apregoada pelo art. 227, caput, da Constituição Federal*".

A previsão constitucional trouxe como prioridade do Estado e da sociedade a preservação da imagem do menor, de forma a evitar que a pessoa em desenvolvimento tenha sua integridade moral violada.

Assim, o regime diferenciado de tratamento deve-se principalmente à peculiar condição de vulnerabilidade social da criança e do adolescente, na maior parte das vezes, incapazes de defender seus próprios interesses, conforme ressaltado por Canotilho e Jónatas Machado:

> Em causa está a prevenção de lesões irreversíveis ao desenvolvimento da personalidade dos menores, à sua adequada socialização e à sua capacidade de autodeterminação, nos planos físico, intelectual, moral, emocional e relacional, às quais os mesmos, pela sua maior sugestionabilidade e impressionabilidade, são particularmente vulneráveis. (CANOTILHO, J.J. Gomes. MACHADO, Jónatas E. M. Reality shows e liberdade de programação. Coimbra Editora, Coimbra: 2003, p. 59).

Com a disseminação rápida da informação, principalmente de notícias falsas (*fake news*), propiciada pela democratização da *internet*, é essencial que as normas disciplinares da responsabilidade do provedor sejam analisadas sob o enfoque da proteção integral do menor.

É inegável que as redes sociais se tornaram um campo fecundo para difusão de manifestações ofensivas, discriminatórias e repletas de discurso de ódio. Aspecto salientado por Eduardo Nunes de Souza, na apresentação do livro Responsabilidade Civil na Rede:

> A falta de amadurecimento da sociedade para o uso de ferramentas tecnológicas ainda historicamente recentes tomou o ambiente virtual e, em especial, a chamada social media uma espécie de dimensão paralela, onde muitos usuários se comportam de modo agressivo e incivilizado, impensável nos espaços de relações humanas presenciais. Postar, comentar ou responder de modo ofensivo tomou-se um hábito banal para muitos frequentadores de redes sociais, que se sentem confortáveis para tanto em um espaço sem ostensiva regulamentação jurídica e para cuja utilização não há, ainda, regras sociais ou culturais consolidadas. (QUEIROZ, "op. cit.")

Diante dessa hipertrofia da liberdade de expressão, proporcionada pelo avanço da *internet*, em descompasso com a velocidade de sua regulamentação normativa, crianças e adolescentes têm sido constantes alvos do uso indevido da tecnologia por pessoas mal intencionadas, sendo expostos a situações vexatórias e aviltantes, com traumáticos reflexos na formação do adulto que um dia serão.

Com efeito, por força do princípio da proteção integral da criança e do adolescente e sob a ótica de sua vulnerabilidade social, esta Corte Superior uniformizou o entendimento de que a veiculação da imagem de menor de idade pelos meios de comunicação, sem autorização do responsável, caracteriza ato ilícito por abuso do direito de informar, sendo o dever de indenizar o dano *in re ipsa*. A propósito:

> Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Sobrestamento. Descabimento. Imagem de menor. Prática de ato infracional. Divulgação sem autorização. Matéria jornalística. Dano moral *in re ipsa*. Honorários advocatícios. Ausência de prequestionamento. Decisão mantida.
>
> [...]
>
> 2. *A veiculação sem autorização da imagem de menor de idade configura ato ilícito, por infração direta ao disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente*.
>
> 3. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, "O dever de indenização por dano à imagem de criança veiculada sem a autorização do representante legal é *in re ipsa*" (REsp n. 1.628.700/MG, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, *Terceira Turma*, julgado em 20/02/2018, DJe 01/03/2018).
>
> [...]
>
> 5. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (AgRg no REsp 1.295.652/PR, de minha relatoria, Quarta Turma, julgado em 30/05/2019, DJe 10/06/2019 - grifei.)
>
> Agravo interno no agravo em recurso especial. Danos morais. Reportagem jornalística. Fato inverídico. Imagem de crianças. Divulgação. Ausência de

autorização dos representantes legais. Princípio do melhor interesse da criança. Violação. Valor da indenização. Revisão. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ.

[...]

2. O dever de indenização por dano à imagem de criança veiculada sem a autorização do representante legal é *in re ipsa*.

3. Na hipótese, as fotos veiculadas na reportagem retrataram situação inverídica e violadora do direito à privacidade.

4. O ordenamento pátrio assegura o direito fundamental da dignidade das crianças (art. 227 da Constituição Federal), cujo melhor interesse deve ser preservado de interesses econômicos de veículos de comunicação. *Há, portanto, expressa vedação da identificação de criança quando se noticia evento, sem autorização dos pais, em reportagem veiculada tanto na internet, como por meio impresso*.

5. Em regra, é inviável acolher a pretensão recursal de reduzir o valor arbitrado a título de indenização por danos morais na estreita via do recurso especial, o que se revela possível apenas quando o montante fixado pelas instâncias ordinárias é irrisório ou abusivo. Incidência da Súmula n. 7/STJ.

6. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1.085.507/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 09/03/2020, DJe 13/03/2020 - grifei.)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Matéria jornalística. Veiculação da imagem de menores para ilustrar reportagem sobre gravidez precoce. Ausência de autorização dos responsáveis legais. Abuso no direito de informar. Ocorrência de dano moral indenizável. Decisão mantida. Agravo não provido.

1. Não obstante o caráter informativo do noticiário demandado e seu perceptível interesse público, *verifica-se o abuso no direito de informar, decorrente do uso indevido de imagem de menores (mãe adolescente e seu filho), sem autorização dos responsáveis legais, para ilustrar matéria relativa à gravidez precoce*.

2. A obrigação de reparação decorre do próprio uso indevido da imagem, não havendo que se cogitar da prova da existência concreta de prejuízo ou dano, nem se investigar as consequências reais do uso, sendo completamente desinfluente aferir se ofensivo ou não o conteúdo do ilícito.

[...]

5. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 312.647/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21/05/2019, DJe 06/06/2019 - grifei.)

Agravo interno no recurso especial. Responsabilidade civil. Dano moral. Divulgação indevida do nome completo e da foto de adolescente falecido na prática de ato infracional. Abuso no direito de informar. Ocorrência de dano moral indenizável. Valor razoável do *quantum* indenizatório. Juros moratórios. Termo inicial. Súmula 54/STJ. Decisão mantida. Agravo não provido.

1. Modo de veiculação de reportagens, noticiando a morte do filho dos autores, em confronto com policiais militares, que maculou a honra do menor e de sua família, expondo-os a situação extremamente vexatória e constrangedora.

2. Não obstante o caráter informativo dos noticiários demandados e seu perceptível interesse público, ficou claro o abuso no direito de informar. *Em se tratando de adolescente, cabia às empresas jornalísticas maior prudência e cautela na divulgação dos fatos, do nome, da qualificação e da própria fotografia do menor, de forma a evitar a indevida e ilícita violação de seu direito de imagem e dignidade pessoal*.

[...]

5. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1.406.120/SP, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 16/11/2017, DJe 22/11/2017 - grifei.)

Recurso especial. Direito Civil. Ação indenizatória. Responsabilidade civil. Danos morais. Direito à imagem. Uso indevido da imagem de menor. Ausência de autorização. Fotografia estampada em material impresso de propaganda eleitoral.

1. Ação indenizatória, por danos morais, *movida por menor que teve sua fotografia estampada, sem autorização, em material impresso de propaganda eleitoral de candidato ao cargo de vereador municipal*.

2. Recurso especial que veicula a pretensão de que seja reconhecida a configuração de danos morais indenizáveis a partir do uso não autorizado da imagem de menor para fins eleitorais.

3. Para a configuração do dano moral pelo uso não autorizado da imagem de menor não é necessária a demonstração de prejuízo, pois o dano se apresenta *in re ipsa*.

4. O dever de indenizar decorre do próprio uso não autorizado do personalíssimo direito à imagem, não havendo de se cogitar da prova da existência concreta de prejuízo ou dano, nem de se investigar as consequências reais do uso.

5. Revela-se desinfluente, para fins de reconhecimento da procedência do pleito indenizatório em apreço, o fato de o informativo no qual indevidamente estampada a fotografia do menor autor não denotar a existência de finalidade comercial ou econômica, mas meramente eleitoral de sua distribuição pelo réu.

> 6. Hipótese em que, observado o pedido recursal expresso e as especificidades fáticas da demanda, afigura-se razoável a fixação da verba indenizatória, por danos morais, no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais).
>
> 7. Recurso especial provido.
>
> (REsp 1.217.422/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 30/09/2014 - grifei.)

Por conseguinte, em complementação aos fundamentos do Tribunal de origem, rejeito a tese do recorrente de inexistência de ato ilícito, por ausência de prévia e específica ordem judicial determinando a retirada da publicação ofensiva, e mantenho as razões do acórdão recorrido quanto ao reconhecimento do dano ocasionado a ambas as vítimas, por se tratar de questão não impugnada no recurso especial.

Concluo que, em razão da prevalência das normas de proteção da criança e do adolescente sobre a legislação protetiva da informação telemática, houve ato ilícito por parte do provedor de aplicações de hospedagem, ao não excluir a imagem do menor de idade, publicada sem autorização dos responsáveis, relacionada a conteúdo inapropriado, mesmo após requerimento motivado do genitor, devendo, consequentemente, ser mantida a sentença que reconheceu a responsabilidade civil e condenou o recorrente ao pagamento de indenização por danos morais.

Diante do todo o exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

Na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, *majoro* os honorários advocatícios em 20% (vinte por cento) do valor arbitrado, observando-se os limites dos §§ 2º e 3º do referido dispositivo.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Com todas as vênias do e. Ministro Relator, e cumprimentando-o pelo brilhante voto apresentado, entendo deva ser provido o recurso especial, para afastar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

A jurisprudência do STJ considerava, antes da vigência do Marco Civil da Internet, que o provedor deve remover conteúdo ofensivo quando notificado (por qualquer forma) do fato, sob pena de ser responsabilizado civilmente. Considerava-se, portanto, desnecessária a notificação judicial.

Todavia, o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14) trouxe previsão específica, exigindo a notificação judicial:

> Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet *somente poderá ser responsabilizado* civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros *se, após ordem judicial específica, não tomar as providências* para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Com isso, a jurisprudência da Terceira Turma desta Casa tem caminhado no sentido de que, para os fatos ocorridos *antes* da Lei n. 12.965/14, a responsabilidade do provedor depende apenas de notificação (por qualquer meio). *Após* o advento do referido diploma, todavia, exige-se a notificação judicial.

Nesse sentido:

> Recurso especial. Ação de indenização por danos morais cumulada com obrigação de fazer. *Internet*. Conteúdo ofensivo. Remoção. Controle editorial. Inexistência. Monitoramento da rede. Censura prévia. Impossibilidade. Responsabilidade civil subjetiva. Solidariedade. Provedor. Caracterização. Culpa. Notificação. Omissão. Indenização. Valor. Revisão. Impossibilidade. Reexame do conjunto fático-probatório. Súmula n. 7/STJ. Vedação. Multa diária. Revisão. Valor inicial. Excesso verificado.
>
> [...]
>
> 4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça define que (a) *para* ***fatos anteriores à publicação do Marco Civil da Internet****, caso dos autos, basta a ciência inequívoca do conteúdo ofensivo pelo provedor, sem sua retirada em prazo razoável, para que este se torne responsável* e, (b) ***após a entrada em vigor da Lei n. 12.965/2014****, o termo inicial da responsabilidade solidária do provedor é o momento da notificação judicial que ordena a retirada do conteúdo da internet*.
>
> 5. A responsabilidade dos provedores de conteúdo de internet em geral depende da existência ou não do controle editorial do material disponibilizado na rede. Não havendo esse controle, a responsabilização somente é devida se, após notificação para a retirada do material, mantiver-se o provedor inerte. Precedentes.
>
> 6. O provedor, ao ser comunicado que determinado texto ou imagem tem conteúdo difamatório, deve retirá-lo imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano. Precedentes.
>
> [...]

11. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido.

(REsp 1.593.249/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/11/2021, DJe 09/12/2021)

Agravo interno no recurso especial. Direito Civil. Marco Civil da Internet. Nome, imagem e telefone. Veiculação. Site. Conteúdo erótico. Cenas de nudez. Notificação extrajudicial. Provedor de aplicação. Ciência inequívoca. Recusa. Fato anterior à Lei n. 12.965/2014. Danos morais. Indenização. Cabimento. Redução. Conjunto fático-probatório dos autos. Reexame. Súmula n. 7/STJ.

[...]

2. No caso em apreço, aplica-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que se orienta no sentido de que a responsabilidade do provedor de aplicação quanto a *atos lesivos* ***anteriores*** *à publicação da Lei n. 12.965/2014* independe da notificação judicial. Precedentes.

[...]

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.652.406/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 30/09/2019, DJe 04/10/2019)

Civil e Processual Civil. Recursos especiais. Ação de obrigação de fazer. Retirada de conteúdo infringente. Provedor de pesquisa. Filtragem prévia das buscas. Exclusão de links. Impossibilidade. Dano moral caracterizado. Valor de reparação. Não alterado.

[...]

3. A regra a ser utilizada para a resolução de controvérsias deve levar em consideração o momento de ocorrência do ato lesivo ou, em outras palavras, quando foram publicados os conteúdos infringentes: (i) *para* ***fatos ocorridos antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet****, deve ser obedecida a jurisprudência desta corte*; (ii) ***após a entrada em vigor da Lei 12.965/2014****, o termo inicial da responsabilidade da responsabilidade solidária do provedor de aplicação, por força do art. 19 do Marco Civil da Internet, é o momento da notificação judicial* que ordena a retirada de determinado conteúdo da internet.

[...]

8. Recursos especiais não providos, com ressalva.

(REsp 1.694.405/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018)

Portanto, no que se refere à responsabilidade do provedor, para fatos ocorridos na vigência do Marco Civil da Internet, somente resta configurada em

caso de inércia após notificação judicial específica - o que sequer se cogita nos autos.

Esta Corte, ademais, deve se abster de fazer interpretação da Lei que possa gerar insegurança jurídica. No caso, o Marco Civil da Internet foi aprovado após amplo debate perante o Poder Legislativo, tendo sido expressa a opção do legislador no sentido de outorgar ao Judiciário o poder de controle dos conteúdos que devam ser removidos.

Necessário destacar, ainda, que a notificação encaminhada ao *Facebook* relatava que a publicação configuraria assédio, e não a utilização indevida de imagem do menor.

Eventual indenização, portanto, deverá ser buscada em face do responsável pela publicação - ressaltando-se que a sentença proferida em primeira instância, inclusive, determinou o fornecimento dos dados necessários para sua identificação.

Ante o exposto, renovando as vênias ao e. Ministro Relator, voto no sentido de dar provimento ao recurso especial, para afastar a condenação por danos morais.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Cumprimento o ilustre advogado, Dr. José Rollemberg, por sua sustentação, assim como o nobre Relator, *Ministro Antonio Carlos Ferreira*, e o eminente *Ministro Marco Buzzi*, por seus votos.

As posições apresentadas trazerem visões antagônicas, espelhando muito bem duas concepções juridicamente viáveis e defensáveis em torno da questão, envolvendo a aplicação da Lei do Marco Civil da *Internet*.

Meu entendimento talvez concilie as compreensões em choque.

Penso que o eminente Relator, *Ministro Antonio Carlos Ferreira*, talvez pudesse enfatizar mais o aspecto acerca da possibilidade de se examinar caso a caso a hipótese de responsabilização do provedor de conteúdo, ou de conexão à *internet*, para além daquelas hipóteses dos arts. 19 e 21 da Lei. Porque o problema, a dificuldade estará, parece-me, na nítida configuração, de determinado conteúdo que se quer excluir, como ofensivo.

Nem sempre haverá clareza, isto é, nem sempre será possível constatar claramente tratar-se de matéria ofensiva. Em muitos casos, haverá dúvidas se a matéria é realmente ofensiva ou não. Fora das previsões dos arts. 19 e 21 da Lei, poderá ocorrer a responsabilização do provedor de conteúdo ou de conexão à *internet*, a depender do caso concreto.

Este caso sob exame espelha bem essa circunstância.

Como traz o voto do eminente Relator, invocando outras disposições legais também aplicáveis numa hipótese como esta, chega-se à conclusão da responsabilização do provedor da *internet* para além daquela previsão específica do art. 19. Por quê? Porque, tratava-se da exposição da imagem de pessoa menor de idade. Então, após advertido pela parte, deveria o provedor ter adotado uma postura mais cautelosa, mais cuidadosa, mais sensível para com a hipótese que lhe era denunciada. Deveria ter adotado alguma providência, pois claramente havia indícios de conteúdo ofensivo na hipótese que temos.

De outro lado, lembro que, em tese, noutra hipótese, com outra conformação, poderá haver utilidade pública em determinada denúncia veiculada na *internet*, acerca de indivíduo dado a molestar crianças. Será possível, noutro caso, chegarmos a resultado diferente, aplicando, aí sim, a solução mais positiva, mais referente à lei, como sugere o voto divergente do eminente *Ministro Marco Buzzi*.

Faço essas ponderações, embora acompanhando o eminente Relator na hipótese, para destacar que, fora das previsões dos arts. 19 e 21 da Lei, conforme o caso concreto, poderá haver a responsabilização, a excepcional responsabilização, do provedor de conteúdo ou de conexão à *internet*.

É o que o faz, o voto do eminente Relator neste caso. Pondera acerca de outros valores constitucionais, sociais, envolvidos na questão, em razão da presença de um menor, e chega à conclusão que responsabiliza o provedor de *internet*.

Estou acompanhando o eminente Relator, com a devida vênia do *Ministro Marco Buzzi*, com quem também concordo, anuo parcialmente. Também compreendo que, em regra, será mesmo de se observar as hipóteses previstas no marco regulador da *internet*. Mas, quando outros fatores relevantes puderem ser invocados, como neste caso concreto, aí poderemos chegar à responsabilização do provedor.

São essas as minhas considerações, acompanhando o eminente Relator, com acréscimos de fundamentação.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, ouvi com atenção o debate, o voto cuidadoso do eminente Relator e a divergência trazida pelo Ministro Marco Buzzi.

Peço vênia à divergência para aderir ao voto do Relator, também acompanhando as ponderações feitas pelo Ministro Raul Araújo quanto à necessidade de se examinar com cuidado as circunstâncias do caso concreto.

Penso que o art. 19 do Marco Civil da Internet deve ser interpretado de forma teleológica e sistemática, tendo em vista a literalidade do seu comando, mas também também o ordenamento jurídico em que se insere como um todo. O dispositivo assegura a liberdade de expressão e também visa a impedir a censura. Ou seja, a idéia preconizada pelo dispositivo é não cercear a livre manifestação e debate de idéias, que encontram assento constitucional na liberdade de expressão e na vedação à censura. Por outro lado, o ordenamento jurídico é composto por normas de Direito Penal e por normas de proteção à criança, essas examinadas profundamente no voto do eminente Relator.

Penso que a existência de um dispositivo legal no Marco Civil da Internet, que, no intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, estabelece que o provedor de aplicações somente poderá ser responsabilizado civilmente se, após ordem judicial específica, não tomar providências para, no âmbito dos limites técnicos do seu serviço e, no prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, não retira a força normativa de dispositivos do Código Penal que impedem crimes contra a honra e nem dispositivos da legislação de proteção ao menor.

O caso ora em exame é muito grave, porque mostra a imagem de um menor em situação muito constrangedora. É intuitivo o sofrimento desse menor na escola, por exemplo, diante da imagem de seu pai e a dele própria, sendo o menino tido como filho estuprado pelo próprio pai. Penso que coibir a divulgação de imagens com textos desse tipo significa evitar a propagação do crime e, portanto, diante da flagrante ocorrência de um crime, não devem a pessoa, que pode concorrer com o término da prática desse crime ou, pelo menos, a sua não difusão, ficar aguardando a ordem judicial, até porque há um tempo necessário para que se consiga essa ordem judicial. E, no ambiente da internet, a propagação de mensagens delituosas é muito rápida.

Penso, portanto, que esse dispositivo convive com o sistema jurídico como um todo, o qual inclui normas proteção ao menor, regras de Direito Penal, e, diante de manifesta ilicitude do conteúdo, deve o provedor de internet, provocado pela vítima, tomar uma atitude imediata para frear o cometimento do crime.

Essa compreensão não tem como pressuposto a declaração de inconstitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet, mas a interpretação restritiva do mencionado dispositivo, para estabelecer que ele convive com outras normas do mesmo sistema jurídico, que coíbem a prática de crimes contra a honra e estabelecem regras de proteção dos menores.

Porquanto, tratando-se apenas de conferir à lei interpretação de cunho restritivo, tendo em vista o conteúdo racional da norma - que é impedir o cerceamento da liberdade de expressão e impedir a censura - e a interpretação sistemática, pela qual a examino em cotejo com outras regras do ordenamento jurídico de igual relevância - que também têm estatura constitucional e não foram afetadas pelo Marco Civil da Internet - é possível darmos essa interpretação restritiva ao dispositivo legal tal como preconizado pelo eminente Relator.

Mas, assim como o Ministro Raul Araújo, verifico que, em algumas situações, será útil a informação de que há um pedófilo à solta numa determinada comunidade e isso deve merecer divulgação.

Mas não é o caso dos autos em que não houve a menor tentativa de demonstrar que estivéssemos tratando de um alerta à comunidade contra um criminoso.

O réu, simplesmente, mencionou que tal tipo de matéria, expondo a foto de um menor como vítima de estupro pelo próprio pai, não fugia aos parâmetros de controle, de conformidade do provedor de internet. Não buscou o provedor sustentar nenhuma defesa de mérito no sentido de que fosse lícito aquilo que parece, de *prima facie*, ilícito, que é mostrar o próprio filho como vítima de estupro do próprio pai (ou tio, como constou equivocadamente do texto).

Penso que uma ilicitude de tal monta, sendo propagada pela internet, até que se consiga uma ordem judicial, merece repulsa imediata pelo provedor, com base em todas as outras normas do ordenamento jurídico, não apenas a lei de proteção ao menor, mas também o Código Penal, e andou certo o Juízo de primeira e segunda instância em conceder a indenização.

Com essas considerações, sem deixar de verificar a delicadeza da hipótese em julgamento, acompanho o voto do Relator, com a devida vênia da divergência.

RECURSO ESPECIAL N. 1.789.505-SP (2018/0344105-2)

Relator: Ministro Marco Buzzi
Recorrente: Gilberto Sampaio Moura
Recorrente: Norma Justi Moura
Advogado: Daniel Fernandes Marques - SP194380
Recorrido: Leandro Figueredo D Oliveira
Advogado: Leandro Saad - SP139386

EMENTA

Recurso especial. Locação. Autos de agravo de instrumento na origem. Pretensão de reconhecimento de impenhorabilidade de bem de família oferecido em caução. Instâncias ordinárias que rejeitaram o pedido. Insurgência recursal da parte agravante.

Hipótese: possibilidade de penhora de bem de família oferecido como caução, pelos recorrentes, em contrato de locação comercial firmado entre o recorrido e terceiro.

1. O escopo da Lei n. 8.009/90 não é proteger o devedor contra suas dívidas, mas sim a entidade familiar no seu conceito mais amplo, razão pela qual as hipóteses permissivas da penhora do bem de família, em virtude do seu caráter excepcional, devem receber interpretação restritiva. Precedentes.

2. O benefício conferido pela mencionada lei é norma cogente, que contém princípio de ordem pública, motivo pelo qual o oferecimento do bem em garantia, como regra, não implica renúncia à proteção legal, não sendo circunstância suficiente para afastar o direito fundamental à moradia, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. Precedentes.

3. A caução levada a registro, embora constitua garantia real, não encontra previsão em qualquer das exceções contidas no artigo 3º da Lei n. 8.009/1990, devendo, em regra, prevalecer a impenhorabilidade do imóvel, quando se tratar de bem de família.

4. Na hipótese, contudo, verifica-se inviável reconhecer, de plano, a alegada impenhorabilidade, pois os requisitos para que o imóvel seja considerado bem de família não foram objeto de averiguação na instância de origem, sendo inviável proceder-se à aplicação do direito à espécie no âmbito desta Corte Superior por demandar o exame de fatos e provas, cuja análise compete ao Tribunal de origem.

5. Recurso especial parcialmente provido a fim de determinar o retorno dos autos à Corte *a quo* para que, à luz da proteção conferida ao bem de família pela Lei n. 8.009/1990 e afastada a exceção invocada no acórdão recorrido, proceda ao reexame do agravo de instrumento, analisando-se se o imóvel penhorado no caso concreto preenche os requisitos para se caracterizar como tal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão (Presidente), Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de março de 2022 (data do julgamento).

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 7.4.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial, interposto por *Gilberto Sampaio Moura* e *Norma Justi Moura*, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, desafiando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Na origem, os ora recorrentes manejaram agravo de instrumento, nos autos da ação de execução de título extrajudicial movida por *Leandro Figueiredo D'Oliveira*, em face de decisão proferida pelo juízo de primeira instância, o qual rejeitou a alegação de impenhorabilidade de bem de família oferecido como caução pelos então agravantes em contrato de locação comercial firmado pelo agravado e terceiro.

A Corte local entendeu pelo perecimento do direito de invocar o benefício da impenhorabilidade, porquanto (i) a semelhança da caução com o instituto da hipoteca faz incidir a exceção prevista no artigo 3º, V, da Lei n. 8.009/90 e (ii) houve renúncia expressa à eventual proteção de bem de família pelos caucionantes.

O acórdão restou assim ementado (e-STJ, fl. 260):

> *Agravo de instrumento*. Ação de execução. Locação. Caução. Garantia real. Penhora de imóvel residencial. Exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família. Exegese do artigo 3º, V, da Lei 8.009/90. Agravo de instrumento conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido.

Não foram opostos embargos de declaração.

Daí a interposição do recurso especial às fls. 264-292 (e-STJ), em cujas razões a parte recorrente sustenta a existência de violação ao art. 3º da Lei n. 8.009/90. Defende, em síntese, que a impenhorabilidade do bem de família só pode ser afastada nas hipóteses taxativas previstas no mencionado artigo, as quais, portanto, não devem ser estendidas para abarcar casos em que a garantia é prestada na forma de caução.

Aponta, ainda, divergência jurisprudencial acerca do tema e requer a reforma do aresto estadual para desconstituir o ato de constrição do imóvel.

Contrarrazões apresentadas às fls. 317-336 (e-STJ).

Admitido o processamento do recurso na origem, consoante decisão de fls. 337-338 (e-STJ), ascenderam os autos a esta Corte.

Em decisão monocrática (fls. 344/347, e-STJ), deu-se provimento ao recurso especial para desconstituir a penhora do imóvel tido como bem de família e objeto de caução.

Irresignada, a parte adversa manejou agravo interno (fls. 349/370, e-STJ), o qual foi parcialmente provido pela Quarta Turma, na sessão de julgamento de 28/09/2021, para anular a decisão monocrática agravada a fim de que o recurso especial fosse futuramente incluído em pauta de julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): O reclamo merece prosperar em parte, nos termos a seguir expostos.

1. Cinge-se a controvérsia recursal à possibilidade de penhora de bem de família, o qual, conforme se depreende da leitura do acórdão recorrido, foi oferecido como caução pelos recorrentes em contrato de locação comercial firmado entre recorrido e terceiro.

Tal como narrado, o Tribunal de origem entendeu pelo perecimento do direito de invocar o benefício da impenhorabilidade, porquanto (i) a semelhança da caução com o instituto da hipoteca faz incidir a exceção prevista no artigo 3º, V, da Lei n. 8.009/90 e (ii) houve renúncia expressa à eventual proteção de bem de família pelos caucionantes.

Com efeito, a impenhorabilidade do bem de família é instituto que protege direitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana e a moradia, que devem funcionar como vetores axiológicos do nosso ordenamento jurídico. O bem de família, por sua vez, "*é um patrimônio especial, que se institui por ato jurídico de natureza especial, pelo qual o proprietário de determinado imóvel, nos termos da lei, cria um benefício de natureza econômica, com escopo de garantir a sobrevivência da família, em seu mínimo existencial, como célula indispensável à realização da justiça social*" (AZEVEDO, Villaça Azevedo; Bem de Família. Comentários à Lei 8.009/90; Revista dos Tribunais, 2002; p. 107).

Por tal razão, as normas protetivas desses direitos devem ser interpretadas restritivamente, sendo vedado ao julgador criar novas hipóteses de limitação da impenhorabilidade do bem de família, isto é, dos direitos fundamentais que regem a matéria. O escopo da Lei n. 8.009/90 não é proteger o devedor contra suas dívidas, mas sim a entidade familiar no seu conceito mais amplo, razão pela qual as hipóteses permissivas da penhora do bem de família, em virtude do seu caráter excepcional, devem receber interpretação restritiva.

Nesse sentido:

> Recurso especial. Cumprimento de sentença que decretou o divórcio do casal com partilha de bens. Decisão interlocutória que reputou impenhorável o imóvel pertence à ex-cônjuge virago, por se tratar de bem de família. Tribunal *a quo* que autorizou a penhora em razão da ex-consorte ter se obrigado a indenizar

o exequente pela parte que lhe cabia na meação, tendo inserido a hipótese na exceção estabelecida no inciso II do artigo 3º da Lei n. 8.009/90. Irresignação da executada.

[...]

2.2 Há violação pelo acórdão local aos ditames da Lei n. 8.009/90, dada a interpretação elastecida ao texto legal, por considerar que o crédito do exequente, embora não seja decorrente de financiamento do imóvel ou sua construção, mas oriundo de dívida civil estabelecida quando da meação de bens em ação de divórcio, se enquadraria na exceção prevista no inciso II, do art. 3º da Lei n. 8.009/90.

2.3 O escopo da Lei n. 8.009/90 não é proteger o devedor contra suas dívidas, mas visa à proteção da entidade familiar no seu conceito mais amplo, motivo pelo qual as hipóteses de exceção à impenhorabilidade do bem de família, em virtude do seu caráter excepcional, devem ser interpretados restritivamente. Precedentes.

[...]

3. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido. (REsp 1.862.925/SC, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 26/05/2020, DJe 23/06/2020)

Agravo interno no recurso especial. Ação de rescisão de contrato cumulada com pedido de perdas e danos. Cumprimento de sentença. Levantamento de penhora sobre imóvel considerado como bem de família. Indenização civil oriunda de conduta tipificada como ilícito penal. Aplicação analógica da exceção prevista no art. 3º, VI, da Lei 8.009/90. Impossibilidade. Impenhorabilidade mantida. Recurso desprovido.

1. O escopo da Lei 8.009/90 não é proteger o devedor contra suas dívidas, mas visa à proteção da entidade familiar no seu conceito mais amplo, motivo pelo qual as hipóteses de exceção à impenhorabilidade do bem de família, em virtude do seu caráter excepcional, devem receber interpretação restritiva.

[...]

3. O art. 3º, VI, da Lei 8.009/90 representa norma de exceção à ampla proteção legal conferida ao bem de família. Dessa forma, a regra interpretativa aplicável não deve ser estendida a outras hipóteses não previstas pelo legislador.

[...]

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.357.413/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 25/10/2018)

Agravo interno no recurso especial. Processual Civil e Civil. Bem de família. Violação ao art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90 caracterizada. Interpretação restritiva. Agravo desprovido.

> 1. O art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90 representa norma de exceção à ampla proteção legal conferida ao bem de família; dessa forma, a regra interpretativa aplicável não deve ser estendida a outras hipóteses não previstas pelo legislador, uma vez que, do contrário, estar-se-ia ampliando as restrições à proteção legal. Precedentes.
>
> 2. Agravo interno desprovido.
>
> (AgInt no REsp 1.561.079/DF, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 26/06/2018, DJe 29/06/2018)

É sabido que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta que a exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/90, concernente à fiança concedida em contrato de locação, não deve ser estendida, isto é, interpretada de forma ampliativa, para abarcar casos de bem de família oferecidos em caução.

Isso porque a fiança e a caução são institutos explicitamente diferenciadas pelo legislador enquanto modalidades de garantia do contrato de locação, nos termos do art. 37 da Lei 8.245/1991. Trata-se de mecanismos com regras e dinâmica de funcionamento próprias, cuja equiparação em suas consequências implicaria inconsistência sistêmica.

Sobre o tema, o doutrinador Luiz Antonio Scavone Júnior esclarece que "*a caução é a cautela, precaução e, juridicamente, a submissão de um bem ou uma pessoa a uma obrigação ou dívida pré-constituída. Portanto, a caução é gênero, do qual são espécies a hipoteca, o penhor, a anticrese, o aval, a fiança etc*" (SCAVONE JR., Luiz Antonio; Direito Imobiliário - Teoria e Prática; 7. ed. rev. atual. e ampl.; Rio de Janeiro: Forense, 2014; p. 1.062).

A partir dessa conceituação, ensina Abílio Manuel Mota Veloso de Araújo:

> No entanto, o art. 38 da LI determina que a caução pode ser de bens móveis, imóveis, dinheiro, títulos ou ações. Ou seja, apesar de a caução poder apresentar natureza de garantia real ou fidejussória, é certo que a Lei do Inquilinato restringe esta modalidade de garantia apenas àquela primeira natureza, posto que a fiança, outra modalidade prevista na lei, já assume a qualidade da garantia pessoal.
>
> É importante lembrar que o imóvel ou móvel caucionados não estão dentre as exceções da Lei 8.009/1990, de modo que, sendo *o imóvel único da entidade familiar ou do casal*, ou móvel que guarneça o imóvel nos termos do art. 1º e § 1º desta lei, *serão impenhoráveis e não poderão servir para satisfação do crédito do locador em eventual demanda judicial*. Não se trata, *in casu*, de obrigação decorrente da fiança, excepcionada pelo inc. VII, do art. 3º, da mesma Lei 8.009/1990.

> [...]
>
> Neste contexto, *a caução de imóvel não se confunde com a fiança, que possui natureza pessoal, nem mesmo com a hipoteca*, que apesar de também ser uma garantia real, somente se formaliza por meio de escritura pública de hipoteca, com o necessário registro na matrícula do imóvel, ao passo que a caução de imóvel deverá ser averbada à margem da respectiva matrícula do bem dado em garantia, nos termos do art. 38, § 1º, da LI.
>
> [...]
>
> *Desse modo, configurada a distinção da caução de imóvel entre a fiança e a hipoteca, não se poderia enquadrar a caução de imóvel em qualquer das hipóteses de exceção da impenhorabilidade do bem de família descritas no art. 3º da Lei 8.009/1990*, por duas simples razões: a um - apesar de ser classificada como caução real (que a assemelha à hipoteca), sua formalização se dá pela averbação à margem da respectiva matrícula do imóvel dado em garantia e não por meio de escritura pública de hipoteca, além de no momento de sua constituição ainda não existir crédito específico e determinado, afastando, portanto, a exceção prevista no inc. V, do art. 3º, da LBF; a dois por força normativa (art. 38 da LI), a caução, enquanto garantia locatícia, não poderá ser fidejussória, diferenciando-a da fiança e, portanto, isolando-a da exceção contida no inc. VII, do art. 3º, da LBF.
>
> (ARAÚJO, Abílio Manuel Mota Veloso de; Locação de Imóvel Comercial e o Bem de Família do Fiador; Curitiba: Juruá, 2021; p. 54-55)

Assim sendo, consoante asseverado pela eminente Ministra Nancy Andrigui, relatora do REsp 1.873.594/SP, julgado em 02/03/2021 pela Terceira Turma, "*o legislador optou, expressamente, pela espécie (fiança), e não pelo gênero (caução), não deixando, por conseguinte, margem para dúvidas [...]. **Caso o legislador desejasse afastar da regra da impenhorabilidade o imóvel residencial oferecido em caução o teria feito**, assim como o fez no caso do imóvel dado em garantia hipotecária (art. 3º, V, da Lei 8.009/90)*".

Dessa forma, violaria a isonomia e a própria previsibilidade das relações jurídicas estender à caução as gravosas consequências aplicadas à fiança pela Lei n. 8.009/1990. É que o ofertante do bem em caução não aderiu aos efeitos legais atribuídos ao contrato de fiança. Noutros termos, a própria autonomia da vontade, elemento fundamental das relações contratuais, restaria solapada se equiparados os regimes jurídicos em tela.

Aliás, a leitura estrita das hipóteses legais de impenhorabilidade do bem de família foi o principal fundamento do Supremo Tribunal Federal ao analisar a possibilidade de penhora de bem de família de fiador de contrato de locação

comercial, em contraste com a locação residencial, nos autos do RE 1.307.334, julgado em 08/03/2022.

Confira-se, a propósito, trecho do voto condutor do Ministro Alexandre de Moraes:

> Efetivamente, o inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/1990, introduzido pela Lei 8.245/1991, não faz nenhuma distinção quanto à locação residencial e locação comercial, para fins de excepcionar a impenhorabilidade do bem de família do fiador (Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação).
>
> ***O legislador, quando quis distinguir os tipos de locação, o fez expressamente***, como se observa da Seção III, da própria Lei 8.245/1991 – que, em seus artigos 51 a 57 disciplinou a "Locação não residencial". Logo, caso a intenção do legislador fosse a de restringir a possibilidade de penhora do imóvel do fiador ao contrato de locação residencial, teria feito expressamente essa ressalva.
>
> [...]
>
> Destarte, *o fiador*, desde a celebração do contrato (seja de locação comercial ou residencial), já tem ciência de que todos os seus bens responderão pelo inadimplemento do locatário - inclusive seu bem de família, por expressa disposição do multicitado artigo 3º, VII, da Lei 8.009/1990.

Ressalte-se ainda que, mesmo nos casos de execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real, hipótese de afastamento da impenhorabilidade do bem de família expressamente prevista em lei (art. 3º, inciso V, da Lei n. 8.009/90), a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça só tem admitido a penhora do bem de família hipotecado quando a garantia foi prestada em benefício da própria entidade familiar, e não em benefício de terceiro, sendo vedada a presunção de que a garantia fora dada em benefício da família, de sorte a afastar a impenhorabilidade do bem.

Nesse sentido, entre outros: AgInt no AREsp 1.806.412/PR, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, *Terceira Turma*, julgado em 14/02/2022; AgInt no AgInt no AREsp 1.155.639/SP, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, *Terceira Turma*, julgado em 23/08/2021; AgInt no REsp 1.798.345/PR, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, *Quarta Turma*, julgado em 26/11/2019; AgInt no REsp 1.732.108/MT, Rel. Ministro *Marco Buzzi*, *Quarta Turma*, julgado em 27/05/2019.

No caso dos autos, segundo noticiado no acórdão da Corte de origem, os recorrentes firmaram contrato com o recorrido na qualidade de caucionantes,

sendo o objeto da avença locação comercial, cuja locatária e, portanto, beneficiária era a Sra. Shirlei de Brito.

Ademais, no que concerne ao segundo fundamento do acórdão recorrido, esta Corte superior firmou o entendimento no sentido de que a impenhorabilidade do bem de família, por ser decorrente de direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana e a moradia, não só impõe interpretação restritiva de suas exceções como também é, *como regra*, irrenunciável.

Essa compreensão é reforçada pelo fato do benefício conferido pela Lei n. 8.009/90 ser norma cogente, que contém princípio de ordem pública, de modo que sua incidência somente pode ser afastada quando caracterizada hipótese descrita no art. 3º da Lei 8.009/90, não se sustentando o argumento de que a parte dele "abriu mão".

Acerca da norma de ordem pública, veja-se a lição doutrinária:

> Uma de suas principais características é servir como elemento limitador da autonomia privada. Elas constituem um mínimo normativo que não pode ser objeto de disposição pelos sujeitos. São, portanto, inderrogáveis e irrenunciáveis.
>
> Outra importante característica, segundo a doutrina majoritária, é sua imperatividade. As normas de ordem pública são cogentes, ou seja, impõem-se por si mesmas, não dando espaço ao arbítrio individual, sendo aplicáveis ex lege, mesmo quando as pessoas por elas beneficiadas tenham renunciado à tutela normativamente garantida (Lopes, 1960). Isso acontece porque, mesmo nas relações privadas, o desiderato de tais normas não é a proteção específica de determinada parte contratual, mas sim a proteção do bem-comum e dos interesses sociopolíticos de toda a sociedade na qual estão inseridas.
>
> (SANTOS, Igor Ladeira dos; A (im)penhorabilidade do bem de família oferecido como garantia pelo devedor; Revista Síntese: Direito de Família, São Paulo, v. 22, n. 129, p. 19, dez./jan. 2021/2022)

Logo, *em regra*, o oferecimento do bem em garantia não implica renúncia à proteção legal, não sendo circunstância suficiente para afastar o direito fundamental à moradia, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, indisponível. Nesse sentido: REsp 1.604.422/MG, Rel. Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, julgado recentemente pela Terceira Turma, em 24/08/2021. E ainda:

> Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Submissão à regra prevista no Enunciado Administrativo 03/STJ. Execução fiscal. Bem de família. Proteção legal.

1. No regime do CPC/73, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de que "a indicação do imóvel como garantia não implica em renúncia ao benefício da impenhorabilidade do bem de família, em razão da natureza de norma cogente, prevista na Lei n. 8.009/90" (AgRg no REsp 1.108.749/SP, Rel. Ministra ***Maria Thereza de Assis Moura****,* ***Sexta Turma****, julgado em 13/08/2009, DJe 31/08/2009), ou seja, "conforme já assentado pelo STJ, a proteção conferida pela Lei 8.009/1990 não admite renúncia pelo proprietário" (REsp 1487028/SC, Rel. Ministro* ***Herman Benjamin****,* ***Segunda Turma****, julgado em 13/10/2015, DJe 18/11/2015)*. No mesmo sentido: REsp 828.375/RS, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, *Segunda Turma*, julgado em 16/12/2008, DJe 17/02/2009; REsp 864.962/RS, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, julgado em 04/02/2010, DJe 18/02/2010; AgRg nos EREsp 888.654/ES, Rel. Ministro *João Otávio de Noronha*, *Segunda Seção*, julgado em 14/03/2011, DJe 18/03/2011.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.754.525/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21/11/2019, DJe 27/11/2019)

Processual Civil. Embargos de divergência. Agravo regimental. Ausência de impugnação dos fundamentos da decisão agravada. Súmula n. 182/STJ. Incidente de uniformização de jurisprudência. Suscitação a destempo. Dissídio entre julgados da mesma Turma. Inviabilidade. Alteração na composição do Colegiado. Irrelevância. Bem de família. Lei n. 8.009/1990. Impenhorabilidade absoluta. Renúncia. Impossibilidade. Súmula n. 168/STJ.

[...]

6. A proteção legal conferida ao bem de família pela Lei n. 8.009/1990 não pode ser afastada por renúncia do devedor ao privilégio, pois é princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada. Incidência da Súmula n. 168/STJ.

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EREsp 888.654/ES, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção, julgado em 14/03/2011, DJe 18/03/2011)

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental no agravo em recurso especial. Processual Civil. Execução. Constrição de imóvel de propriedade de sociedade comercial utilizado como residência dos sócios. Bem de família. Impenhorabilidade reconhecida. Art. 1º da Lei 8.009/90. Precedentes. Agravo não provido.

1. A jurisprudência do STJ tem, de forma reiterada e inequívoca, pontuado que o benefício conferido pela Lei 8.009/90 se trata de norma cogente, que contém princípio de ordem pública, e sua incidência somente é afastada se caracterizada alguma hipótese descrita no art. 3º da Lei 8.009/90.

[...]

(EDcl no AREsp 511.486/SC, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016)

Direito Civil e Processual Civil. Bem de família. Impenhorabilidade. Renúncia. Descabimento. Imóvel de propriedade da mãe do devedor. Proveito econômico revertido para o núcleo familiar. Inexistência. Não incidência do inciso V do art. 3º da Lei n. 8.009/1990.

1. A Lei n. 8.009/1990 é norma cogente e de ordem pública, por isso não remanesce espaço para renúncia à proteção legal quanto à impenhorabilidade do bem de família.

[...]

(REsp 1.180.873/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/09/2015, DJe 26/10/2015)

Processual civil e civil. Agravo regimental. Embargos de declaração. Recurso especial. Direito real de garantia. Cédula rural hipotecária. Imóvel dado em garantia. Bem de família. Impenhorabilidade. Não incidência. Dívida constituída em favor da entidade familiar. Art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90. Agravo desprovido.

1. O benefício conferido pela Lei n. 8.009/90 ao instituto do bem de família constitui princípio de ordem pública que não admite a renúncia pelo titular, podendo ser elidido somente se caracterizada qualquer das hipóteses previstas nos incisos do art. 3º e no caput do art. 4º da referida lei.

[...]

(AgRg nos EDcl no REsp 1.463.694/MS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 06/08/2015, DJe 13/08/2015)

Vale destacar que não se desconhece julgados desta Quarta Turma, mais especificamente envolvendo imóveis dados como garantia em contratos com cláusula de alienação fiduciária, nos quais se reconheceu a possibilidade de afastar tal entendimento diante da utilização abusiva do benefício, pautados notadamente na vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) e na premissa de que que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Nesse sentido, cita-se: REsp 1.595.832/SC, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 29/10/2019, DJe 04/02/2020; REsp 1.559.348/DF, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 18/06/2019, DJe 05/08/2019.

Todavia, tais casos não se assemelham ao ora em exame, pois aqui não está em discussão a boa-fé dos caucionantes, mas apenas se é viável alargar as exceções à impenhorabilidade do bem de família descritas na norma.

Ainda assim, no caso em foco, ausente a demonstração de que o objeto contratado tenha revertido em favor da entidade familiar dos caucionantes, tampouco a configuração de *venire contra factum proprium* no caso concreto, não se pode presumir a má-fé. Consoante já consignado, o bem foi oferecido em caução pelos recorrentes em contrato de locação comercial firmado pelo recorrido *e terceiro*.

Dessa forma, a caução levada a registro, embora constitua garantia real, não encontra previsão em qualquer das exceções legais, devendo prevalecer a impenhorabilidade do imóvel, quando se tratar de bem de família. Em outros termos, tendo em vista que a caução não se enquadra nas exceções previstas no art. 3º da Lei n. 8.009/1990 e que o oferecimento do bem em garantia não implica em renúncia à proteção legal, constata-se que o acórdão estadual diverge do entendimento firmado por esta Corte Superior.

É esse o entendimento também da Terceira Turma desta Corte, confira-se:

> Direito Civil. Recurso especial. Ação de despejo c/c pedido de cobrança. Fase de cumprimento de sentença. Contrato de locação comercial. Caução. Bem de família. Impenhorabilidade.
>
> [...]
>
> 2. O propósito recursal consiste em dizer acerca da possibilidade de penhora de bem de família oferecido em caução pelo locatário em contrato de locação comercial.
>
> 3. Em se tratando de caução, em contratos de locação, não há que se falar na possibilidade de penhora do imóvel residencial familiar.
>
> 4. Recurso especial conhecido e provido.
>
> (REsp 1.887.492/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/04/2021, DJe 15/04/2021)
>
> Direito Civil. Recurso especial. Ação de execução de título executivo extrajudicial. Contrato de locação. Caução. Bem de família. Impenhorabilidade.
>
> 1. Ação de execução de título executivo extrajudicial - contrato de locação.
>
> [...]
>
> 3. O propósito recursal é definir se imóvel - alegadamente bem de família - oferecido como caução imobiliária em contrato de locação pode ser objeto de penhora.
>
> 4. Em se tratando de caução, em contratos de locação, não há que se falar na possibilidade de penhora do imóvel residencial familiar.
>
> 5. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1.873.203/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/11/2020, DJe 01/12/2020)

Contudo, verifica-se inviável, nessa oportunidade, reconhecer, de plano, a alegada impenhorabilidade, pois os requisitos para que o imóvel seja considerado bem de família não foram objeto de averiguação, sendo inviável proceder-se à aplicação do direito à espécie no âmbito desta Corte Superior por demandar, na hipótese dos autos, o exame de fatos e provas, cuja análise compete, sob pena de supressão de instância, ao Tribunal de origem.

2. Do exposto, vota-se no sentido de dar parcial provimento ao recurso especial a fim de determinar o retorno dos autos à Corte *a quo* para que, à luz da proteção conferida ao bem de família pela Lei n. 8.009/1990, proceda ao reexame do agravo de instrumento, analisando se o imóvel penhorado, no caso concreto, preenche os requisitos para se caracterizar como tal.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.914.596-RJ (2021/0002643-4)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão
Recorrente: Anielle Silva dos Reis Barboza
Recorrente: Monica Tereza Azeredo Benicio
Advogados: Evelyn Melo Silva - RJ165970
Samara Mariana de Castro - RJ206635
Recorrido: Google Brasil Internet Ltda
Advogados: Eduardo Bastos Furtado de Mendonça - RJ130532
Felipe de Melo Fonte - RJ140467
Naiana do Amaral Porto - RJ167818

EMENTA

Recurso especial. Ação cominatória. Pedido de fornecimento de dados cadastrais. Identificação de usuários para futura reparação civil e/

ou criminal. Propagação de conteúdo ofensivo e difamante. *Fake news*. Vedação. Marco Civil da Internet e Lei Geral de Proteção de Dados. Compatibilização. Provedores de conexão que não integraram relação jurídico-processual. Dever de guarda previsto na Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). Possibilidade. Inexistência de violação dos limites objetivos e subjetivos da lide. Apresentação prévia dos IPS pela provedora de internet (Google).

1. "Nos termos da Lei n. 12.965/2014 (art. 22), a parte interessada poderá pleitear ao juízo, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet [...] (REsp n. 1.859.665/SC, de minha relatoria, Quarta Turma, julgado em 09/03/2021, DJe 20/04/2021)

2. Em relação ao dever jurídico em si de prestar informações sobre a identidade de usuário de serviço de internet, ofensor de direito alheio, o entendimento mais recente da Corte reconhece a obrigação do provedor de conexão/acesso à internet de, uma vez instado pelo Poder Judiciário, fornecer, com base no endereço de IP ("Internet Protocol"), os dados cadastrais de usuário autor de ato ilícito**,** sendo possível a imposição de multa no caso de descumprimento da ordem, "mesmo que seja para a apresentação de dados cadastrais" (REsp n. 1.785.092/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/5/2019, DJe 9/5/2019).

3. Tal conclusão encontra apoio no entendimento já consagrado nesta Corte Superior de que, enquanto aos provedores de aplicação é exigida a guarda dos dados de conexão (nestes incluído o respectivo IP), aos provedores de acesso ou de conexão cumprirá a guarda de dados pessoais dos usuários, sendo evidente, na evolução da jurisprudência da Corte, a tônica da efetiva identificação do usuário.

4. No caso em análise, ao contrário do que firmado pelas instâncias ordinárias, os pedidos autorais traduziram com rigor a finalidade do provimento judicial, não havendo falar-se, portanto, em inobservância aos limites objetivos da lide. Do mesmo modo, a obrigatoriedade de identificação dos usuários pelas empresas de conexão de internet, ainda que não tenham integrado a relação jurídico processual, decorre do próprio dever legal da guarda, nos termos dos arts. 10, § 1º, e 22

da Lei n. 12.956/2014, circunstância que não implica a condenação de terceiros, mas sim desdobramento do processo.

5. Nesse contexto, havendo indícios de ilicitude e em se tratando de pedido específico voltado à obtenção dos dados cadastrais (como nome, endereço, RG e CPF) dos usuários cuja remoção já tenha sido determinada – a partir dos IPs já apresentados pelo provedor de aplicação –, a privacidade do usuário não prevalece. Conclui-se, assim, pela possibilidade de que os provedores de conexão/acesso forneçam os dados pleiteados, ainda que não tenham integrado a relação processual em que formulado o requerimento para a identificação do usuário.

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o Dr. Eduardo Bastos Furtado de Mendonça, pela parte recorrida: Google Brasil Internet Ltda

Brasília (DF), 23 de novembro de 2021 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 8.2.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: *1.* Anielle Silva dos Reis Barboza e Mônica Tereza Azeredo Benício, respectivamente irmã e companheira de Marielle Francisco da Silva, conhecida como Marielle Franco, ajuizaram ação cominatória em face de Google Brasil Internet Ltda., tendo como objeto principal o pedido de remoção de matérias e vídeos ofensivos à honra de Marielle das plataformas Google e Youtube, além do fornecimento de identificação dos IPs e usuários responsáveis pela veiculação de notícias ofensivas.

Segundo narrado, após o "episódio fatídico" do assassinato de Marielle Franco, ocorrido em 14/3/2018, passaram a ser veiculados nas redes sociais conteúdos criminosos e inverídicos sobre a ex-vereadora do Rio de Janeiro, com ofensas à sua honra e memória.

As autoras apresentaram uma relação de vídeos que reputaram ilícitos, nome do canal que os publicou, URLs, datas e as visualizações, que já somavam 13.405.111 (treze milhões, quatrocentos e cinco mil, cento e onze).

Formularam pretensão de exclusão das postagens indicadas, de "condenação da ré a retirar da internet todas as matérias que caluniam e ofendem a imagem de Marielle Franco" e a identificação dos ofensores "para futuras ações de reparação civil e criminal".

Inicialmente, houve o deferimento da tutela de urgência apenas para determinar à ré, ora recorrida, a exclusão de matérias e vídeos com conteúdo ofensivo publicados na plataforma Youtube, administrada pela Google, no prazo de 72 horas, sob pena de multa diária (fls. 37-46).

Na audiência de conciliação designada (fls. 100-101), o Juízo de primeiro grau determinou à ré o *fornecimento dos dados de identificação e de conexão dos responsáveis pelos* ***links*** *cuja retirada foi determinada* "a fim de que as autoras possam adotar as providências pertinentes quanto à alegada ofensa" (fls. 174-176).

As autoras, posteriormente, argumentando ser necessário conferir efetividade ao pedido de identificação dos usuários, requereram que, "após a identificação dos IPs, pelo princípio da economia processual, que o réu identifique e esclareça quem são os provedores de conexão (como, por exemplo, TIM, NET, GVT, etc), responsáveis pelos IPs que serão apresentados" (fl. 330).

O Juízo da 47ª Vara da Comarca do Rio de Janeiro, confirmando parcialmente os efeitos antecipatórios da tutela, julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar a ré a remover, em caráter definitivo, os conteúdos ofensivos relacionados a Marielle Franco, sob pena multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais). Afastou, contudo, a obrigatoriedade de identificação do provedor de conexão pela ré (fls. 384-389).

Irresignada, a parte autora interpôs apelação (fls. 428-442).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou provimento ao apelo. Confira-se a ementa do acórdão recorrido (fls. 472-493):

> *Apelação cível.* ***Ação cominatória com pedido de tutela provisória. Google****. Pretensão de retirada do ar de conteúdos impróprios. Sentença de parcial procedência.* ***Apelo autoral requerendo a reforma parcial do julgado, com a quebra do sigilo de dados com a expedição de ofício para as empresas de conexão à internet informem quem são os usuários que publicaram os vídeos com conteúdo apontado como infringente****, bem como condene a empresa ré ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.* ***Decisão judicial que deve se restringir aos limites subjetivos e objetivos da lide, não podendo haver condenação fora do que foi pleiteado, tampouco atingindo terceiros estranhos a lide****. Empresas de conexão à internet que não fizeram parte da presente demanda, não havendo como impor a estas quaisquer obrigações. Quanto aos honorários advocatícios, mais uma vez não assiste razão as apelantes. Com efeito, foi devidamente reconhecido pela sentença que "... O texto legal é claro ao prever que a remoção de conteúdo deve ser realizada mediante ordem judicial." Nesta toada, não há como se aplicar ao caso a teoria da causalidade. Por outro lado, observa-se que* ***o réu não resistiu a pretensão autoral, bem como constata-se que as autoras sucumbiram na maior parte de seus pedidos****, motivo pelo qual não há como condenar o apelado ao pagamento da sucumbência. Entendimento deste e. Tribunal de justiça acerca do tema. Desprovimento do apelo.*

Sobreveio o recurso especial interposto pelas autoras, com esteio no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, em que alegam ofensa ao disposto nos arts. 10, § 1º, e 22 da Lei n. 12.956/2014 (Marco Civil da Internet) e art. 114 do Código de Processo Civil (fls. 495-513).

Sustentam, em síntese, que os fundamentos declinados pelas instâncias ordinárias para indeferir a identificação dos usuários que postaram os vídeos e as manifestações ofensivas, com expedição de ofício às provedoras de conexão, evidenciam a imposição de "um litisconsórcio necessário, que sequer era exigido, nos termos pelo art. 114/CPC", esclarecendo, ainda, ser esta a única via possível de se pleitear e ver deferido o pedido de identificação dos usuários.

Pugnam, assim, pela reforma do acórdão a fim de que "seja ordenada a quebra do sigilo de dados com a expedição de ofício para [que] as empresas de conexão com a internet informem quem são os usuários que publicaram os vídeos ofensivos à honra e memória de Marielle Franco, para que, assim, a família adote as medidas que julgar necessárias contra cada usuário identificado".

Apresentadas contrarrazões à fl. 517, o recurso foi admitido na origem (fl. 519).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): *2.* A controvérsia recursal ainda pendente consiste em analisar a possibilidade de se impor a pessoas jurídicas provedores de conexão de internet que não integraram a relação jurídico-processual a identificação dos usuários responsáveis pela veiculação de notícias ofensivas.

A questão ora em julgamento envolve alguns aspectos processuais, além de circunstâncias subjacentes relacionadas ao conhecido episódio envolvendo o trágico assassinato da ex-vereadora do Rio de Janeiro Marielle Franco em 2008, cuja repercussão social, evidenciada pela expressiva manifestação nas redes sociais, configura a tônica do litígio em tela.

Confira-se o quanto narrado na peça inaugural (fls. 2-27):

> As autoras são irmã e companheira, respectivamente, de Marielle Francisco da Silva, conhecida como Marielle Franco, assassinada no último dia 14 de março.
>
> [...]
>
> Após seu assassinato, diante da comoção e perplexidade da população, além de manifestações de amigos e familiares de Marielle, *começaram a surgir nas redes sociais mentiras a respeito da vereadora, com acusações falsas e criminosas, além de discursos de ódio sobre sua vida pessoal, história e atuação na política e na defesa de direitos humanos*.
>
> *As fake news, os discursos de ódio e a divulgação de conteúdos criminosos e, obviamente, inverídicos, começaram a surgir a partir de quinta-feira, dia 15/03/2018, e foram tomando vulto na internet*. Então, *no sábado, dia 17/03/2018, foram tomadas medidas para proteção e preservação da honra e da memória de Marielle Franco e sua família. No mesmo dia foi disponibilizado o e-mail: contato@ejsadvogadas.com.br para receber tais denúncias e este endereço eletrônico foi amplamente divulgado na mídia em geral*.
>
> Várias pessoas, do Brasil e do mundo, enviaram mensagens se solidarizando com a família e denunciando vídeos, comentários falsos e maliciosos, compartilhamentos e publicações em geral, todas criminosas e atentatórias à imagem e à memória de Marielle Franco. *Foram mais de 16 mil e-mails e serviram de base para a propositura da presente ação. Foi uma mobilização coletiva visando combater as fake news e o discurso de ódio*.
>
> Destaca-se a gravidade da divulgação, do compartilhamento e da manutenção "no ar" destes conteúdos falsos, deliberadamente mentirosos, criminosos e atentatórios à honra e à dignidade das pessoas que são vítimas da difusão das fake news e dos discursos de ódio.

Por ora, já foi possível mapear 40 (quarenta) vídeos com conteúdos criminosos, falsos, discursos de ódio e atentatórios à dignidade, honra e memória de Marielle Francisco da Silva, sem prejuízo de outros que venham a ser indicados. A tabela abaixo demonstra a quantidade de vídeos e classifica por nome do vídeo, nome do canal que publicou o vídeo, a URL, a *data das postagens (entre os dias 15 e 20 de março) e as visualizações que cada vídeo teve até o momento do ajuizamento desta ação*. Destaca-se que após o anúncio de que as autoras ingressariam com a medida judicial cabível para proteger a honra e a memória de Marielle Franco, dois vídeos do rol dos denunciados pelos e-mails já foram excluídos.

Segue tabela abaixo (DOC. 1):

[...]

Até agora *foram contabilizadas 13.405.111 (treze milhões, quatrocentos e cinco mil, cento e onze) visualizações*, a honra e a memória de Marielle Franco foram manchadas para quase treze milhões e meio de pessoas. É um registro sem precedentes. É um caso sem precedentes!

[...]

Destaca-se a notícia veiculada no jornal O Globo':

> O movimento coletivo de reação às informações falsas espalhadas pelas redes sociais e por aplicativos contra a vereadora Marielle Franco, assassinada a tiros na última quarta-feira, não tem precedentes na internet brasileira, afirmaram especialistas ouvidos ontem pelo *Globo*. *O fenômeno desencadeou ainda uma série de iniciativas que visam também a exigir punição jurídica contra os responsáveis pelas fake news*.
>
> Concentrada num escritório de advocacia carioca, *uma força-tarefa criada para reunir provas contra pessoas ou grupos que espalharam as calúnias já contabilizou 16 mil e-mails com denúncias*.
>
> - Analiso a opinião pública digital há 11 anos, e nunca vi uma reação tão forte em defesa de alguém. É a mais estruturada contra uma notícia falsa e difamação que já vimos - afirmou Manoel Fernandes, diretor da Bites, consultoria que faz análise de dados transmitidos na internet. - E acho que aí tem um aprendizado muito importante para a sociedade: é possível reagir.
>
> (Disponívelem:https://oglobo.globo.com/rio/iniciativas-para-combater-informacoes-falsas - contra-marielle-mobilizam-web-22506243>. Acesso em 20 de março).

Os títulos dos vídeos descritos na inicial foram reproduzidos pelo Juízo sentenciante, na decisão que analisou o pedido de antecipação de tutela.

Verifique-se (fls. 38-39):

[...] Tais vídeos e áudios fizeram referência direta à Marielle, apontando-a como vinculada a facções criminosas e tráfico ou imputações maliciosas sobre as suas bandeiras políticas, como o aborto, fatos que podem caracterizar violação à honra e à imagem da falecida e que certamente causam desconforto e angústia a seus familiares. Note-se que nenhum dos divulgadores apresentou prova concreta sobre o declarado. Ao contrário, foram meras suposições e opiniões, sem lastro probatório identificado e que se continuarem a ser propagadas poderão atingir de forma irrecuperável a dignidade da falecida Marielle, com repercussões danosas a seus familiares.

São eles:

> "Suposta conversa mostra que vereadora Marielle traiu Comando Vermelho Força Brasileira https://youtu.be/TBP7XPfRw_o 16/3/18 783.243 (em que há expressa referência à vinculação de Marielle ao Comando Vermelho);
>
> "Vereadora Marielle Franco do PSOL é morta ....Sifudeu! Reginaldo Sincero https://youtu.be/ZEHvMKWxLjw 15/3/18 19.393 (em que a pessoa expressamente se refere à Marielle como defensora da bandidagem e utiliza expressão bastante vil sobre a morte dela);
>
> "Cidadão entrega o jogo sobre o assassinato da vereadora Força Brasileira https://youtu.beLyP1cgIGXz8 17/3/18 912.393 (Com vinculação da pessoa de Marielle ao tráfico de drogas, por ter se eleito apoiada pelo tráfico);
>
> "*Marielle Franco e o Comando Vermelho*? - *Nilce e Leon* (Cadê a Chave) e *Cauê Moura (Parte 2)* Etnia Brasileira por Lívia Zaruty https://www.youtube.com/watch?v=ckJRIAHbHhg 18/3/18 59.23 (faz referência ao apoio dos bandidos supostamente recebido por Marielle para ingressar na política em nome da comunidade).
>
> *Urgente*: Morador revela quem era a vereadora Marielle Franco (PSOL) Questionar & Refletir (https://www.youtube.com/watch?v=HgzRfoBUnvE&t=2s 18/3/18 161.155 (Divulga a informação de que Marielle defendia os interesses da facção responsável pela comunidade de ACARI).
>
> "A origem do PSOL e E a ligação da Esquerda com o Crime Organizado! Luiz Camargo *Vlog* https://www.youtube.com/watch?v=z7dJ5DoPDug 18/3/18 60.383 (insinuando que a execução decorreu de uma quebra de acordo ou uma ausência de contrapartida a criminosos)
>
> "*Áudio Revela Autores da Execução da Marielle Franco* Primeira Mão https://www.youtube.com/watch?v=QQ7JjYlyxN4 16/3/18 549.999 (reproduz áudio divulgado nas redes sociais que acusando o apoio do Comando Vermelho à eleição de Marielle).

"Os mistérios por detrás da vereadora do PSOL conde loppeux https://www.youtube.com/watch?v=rh2DwH79sMM 16/3/18 18.54 - (faz referência a insinuações de que houve o envolvimento de Marielle com criminosos)"

"*Áudio Revela Autores da Execução da Marielle Franco* Primeira Mão https://www.youtube.com/watch?v=QQ7JjYlyxN4 16/36/18 550.006 (reproduz áudio divulgado nas redes sociais que acusando o apoio do Comando Vermelho à eleição de Marielle).

"*Cidadão deixa claro o real culpado pela morte de Marielle Franco Vereadora do PSOL Notícias Now* https://www.youtube.com/watch?v=c7gdnwm6pOw 17/3/18 655 (referência à eleição dela com apoio do Comando Vermelho e sua defesa à comunidade de Acari).

"O Lado Oculto de Marielle Franco. A vereadora do [PSOL] Questionar & Refletir https://www.youtube.com/watch?v=KBXSLgiP2s1 20/3/18 10.363 (reproduz declaração de Marielle sobre o aborto, mas insere texto dizendo se tratar de projeto satânico)

"*PM da resposta dura contra freixo e aproveitadores da Esquerda no caso da Vereadora Morta Marielle* Notícias Política BR https://www.youtube.com/watch?v=c08drc29FPM 18/3/18 69.55 (afirmando que Marielle foi eleita por favores de uma facção criminosa)

"Marielle Franco, antes e depois da Rede Globo conde loppeux https://www.youtube.com/watch?v=-YWSHhUgIWO (faz comentários sobre a defesa de Marielle ao aborto, com afirmação de que se formou um mito em fraude)

"Desembargadora detona Marielle Franco do psol Primeira 218.59 Mão https://www.youtube.com/watch?v=fBhilF_iTMo&feature=youtu.be mensagens 17/3/18 218.59 (reproduz mensagens de FB envolvendo Desembargadora, com menção ao Comando Vermelho)

"*Marielle Franco e o Comando Vermelho*? - *Nilce e Leon* (Cadê a Chave) e *Moura* (*Parte 2*) Etnia Brasileira por Lívia Zaruty https://www.youtube.com/watch?v=ckJRIAHbHhg 18/3/18 61.326 - mesmo conteúdo já analisado acima.

Os demais vídeos indicados pelas autoras apresentam, em sua grande maioria, críticas duras à política exercida pelo partido PSOL e também ao tratamento que a mídia, especialmente as Organizações Globo, deram ao fato criminoso. Outros vídeos apenas reproduzem debates parlamentares, discursos públicos e entrevistas de outras pessoas sobre o fato que, seja por conta do ambiente público em que foram produzidos, seja porque integraram matérias e opiniões difundidas por organizações jornalísticas formalmente constituídas, estão no domínio público e podem ser objeto de responsabilização direta se constatado excesso. Alguns outros vídeos veicularam a opinião, às vezes severas, das pessoas

> que os produziram, mas sem que importassem, no juízo desta Magistrada, excessos ou ataques diretos à honra, à moral ou à memória de Marielle.
>
> Por fim, há um vídeo absolutamente incompreensível e que não deveria estar sendo veiculado por uma questão de bom senso até pelos termos grosseiros de seu conteúdo, mas não verifiquei algum ataque frontal à pessoa de Marielle (Cauê Moura REVOLTZ!!! Nando Moura https://www.youtube.com/watch?v=g4ZYzBwRR5I&feature=youtu.be).
>
> [...]

Inicialmente, como já assinalado no relatório, houve o deferimento da tutela de urgência apenas para determinar à ré, ora recorrida, a exclusão de matérias e vídeos com conteúdo ofensivo publicados na plataforma Youtube, administrada pela Google, no prazo de 72 horas, sob pena de multa diária (fls. 37-46).

Na audiência de conciliação designada (fls. 100-101), o Juízo de primeiro grau determinou à ré o *fornecimento dos dados de identificação e de conexão dos responsáveis pelos* ***links*** *cuja retirada foi determinada* "a fim de que as autoras possam adotar as providências pertinentes quanto à alegada ofensa" (fls. 174-176).

As autoras, posteriormente, argumentando ser necessário conferir efetividade ao pedido de identificação dos usuários, requereram que, "após a identificação dos IPs, pelo princípio da economia processual, que o réu identifique e esclareça quem são os provedores de conexão (como, por exemplo, TIM, NET, GVT, etc), responsáveis pelos IPs que serão apresentados" (fl. 330).

No entanto, quando da sentença e do acórdão, as instâncias ordinárias concluíram pela *impossibilidade* de se impor aos provedores de conexão o dever de identificar os usuários responsáveis pela veiculação das matérias, argumentando que tal determinação desborda dos limites objetivos e subjetivos da lide, devendo ser realizada em procedimento próprio.

Leiam-se os termos da sentença (fls. 384-389):

> Na hipótese dos autos, a partir do proferimento das decisões do id. 38 e id. 175, *o réu cumpriu imediatamente o determinado e identificou os IPs responsáveis pelas publicações conforme documentos dos ids. 229/267, satisfazendo a pretensão das autoras exposta na petição inicial*, o que afasta qualquer responsabilização subsidiária pelos fatos que deram ensejo à propositura da ação.
>
> *Posteriormente ao proferimento da decisão liminar (id. 324), as autoras pleitearam que o réu fornecesse a identificação dos provedores de conexão, de forma a conseguir*

a quebra do sigilo dos dados dos usuários dos IPs identificados pela ré, além da remoção global do conteúdo impugnado, com controle prévio das manifestações.

[...]

Além disso, *a identificação e responsabilização pessoal dos responsáveis pelo conteúdo apontado como ofensivo à honra e à imagem de Marielle deve se dar através do procedimento judicial próprio, inclusive criminal. O réu cumpriu, nestes autos, a determinação judicial e forneceu o número dos IPs e, com tais dados, as autoras podem, independentemente de ordem judicial, identificar os provedores de conexão através da própria rede mundial de computadores*, como por exemplo através do site https://registro.br/2/whois. *A quebra do sigilo dos dados telefônicos e de identificação dos usuários deve se dar através do procedimento criminal - para tanto há no Rio de Janeiro delegacia especializada para tanto - ou até através de nova ação judicial, esta sim com pedido indenizatório específico* em face do responsável pela postagem tida como agressora.

É claro que a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV, da CF) não é ilimitada, sendo vedado o anonimato, como também *é evidente que os provedores devem manter meios de identificar e excluir de suas redes usuários que externem manifestações que configurem a prática de algum tipo de ilícito civil ou criminal. Mas a identificação do IP é a medida adequada e suficiente para a busca dos causadores do dano e tal conduta foi regularmente adotada pelo réu em cumprimento às decisões proferidas nestes autos*.

[...]

O Tribunal de origem, confirmando esse entendimento, apresentou os seguintes delineamentos:

Apela a parte autora requerendo a reforma parcial do julgado, com a *quebra do sigilo de dados com a expedição de ofício para as empresas de conexão à internet informem quem são os usuários que publicaram os vídeos com conteúdo apontado como infringente*, bem como condene a empresa ré ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

Por certo, *a decisão judicial deve se restringir aos limites subjetivos e objetivos da lide, não podendo haver condenação fora do que foi pleiteado, tampouco atingindo terceiros estranhos a lide*.

Esta é a inteligência do artigo 506 do Novo Código de Processo Civil, é ver:

> Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

Neste diapasão, *se mostra inviável a condenação de terceiros que não compuseram a lide*, conforme jurisprudência deste Colendo Tribunal de Justiça:

> [...]
>
> Na presente hipótese, pretende a autora, ora apelante, a *expedição de oficio para as empresas de conexão à internet, com o objetivo de que estas informem quem são os usuários que publicaram os vídeos com conteúdo apontado como infringente na demanda*.
>
> Entretanto, as empresas de conexão à internet não fizeram parte da presente demanda, não havendo como impor a estas quaisquer obrigações.

A recorrente, por outro lado, defende que a identificação dos usuários pelas empresas de conexão decorre do dever legal de guarda dos registros de conexão a estas imposto, nos termos dos arts. 10, § 1º, e 22 da Lei 12.956/2014, revelando-se, assim, mera consequência do processo, não havendo falar-se em condenação de terceiro, como consignado no acórdão recorrido.

Pondera que a intervenção judicial, na hipótese, é imprescindível ao propósito de se obterem os dados pessoais dos usuários, como "nome completo, RG, CPF, endereço físico e demais dados capazes de identificar efetivamente os usuários", visando à "formação do conjunto probatório para futuro processo judicial cível ou penal contra os usuários que publicaram conteúdo ofensivo à honra e memória da Vereadora Marielle Franco".

Como base fática incontroversa, sobressai, destarte, além do pedido de remoção de conteúdo, o requerimento expresso das autoras para que a ré seja "obrigada a fornecer a identificação dos IPs *e dos usuários*, para futuras ações de reparação civil e criminal (item 6 da petição inicial)".

Ainda, é incontroverso que a Google forneceu os IPs relacionados aos conteúdos cuja exclusão fora determinada judicialmente (documentos dos ids. 229/267).

3. Assim delineados os fatos, a resolução da controvérsia passa pela análise primeira dos conceitos apresentados na Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), notadamente quanto ao *dever de guarda dos dados pelos provedores de internet – provedores de aplicação e de conexão ou acesso – e a responsabilidade pela guarda dos referidos dados*.

Transcrevo:

> *Art. 5º* Para os efeitos desta Lei, considera-se:
>
> I - internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes;

II - terminal: o computador ou qualquer dispositivo que se conecte à internet;

III - endereço de protocolo de internet (endereço IP): o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais;

[...]

VI - registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o *endereço IP* utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados;

[...]

VIII - registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP.

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, *bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas*, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

§ 3º O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§ 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais

Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos *deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo*, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

§ 1º Ordem judicial poderá obrigar, por tempo certo, os provedores de aplicações de internet que não estão sujeitos ao disposto no caput a guardarem

registros de acesso a aplicações de internet, desde que se trate de registros relativos a fatos específicos em período determinado.

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

[...]

Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.

Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;

II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e

III - período ao qual se referem os registros.

Para melhor compreensão do tema, cumpre diferenciar as diversas atividades desses atores mencionados pela lei.

Segundo Guilherme Martins, "*o provedor de conexão* corresponde à nomenclatura *provedor de acesso*, definido no anexo da Portaria do Ministério das Telecomunicações 148/95 como prestador de serviço de conexão à Internet (PCSI). Conforme o art. 3º, d, daquela norma, trata-se da "entidade que presta o serviço de conexão à internet". Trata-se de um "intermediário entre o equipamento do usuário e a Internet", atribuindo-lhe um endereço.IP. (MARTINS, Guilherme Magalhães. Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 285).

Frederico Meinberg, em referência à conceituação apresentada pelo Professor Marcel Leonardi, em artigo anterior ao próprio marco civil, assim dispõe:

> Para Leonardi, provedor de serviços de internet é gênero do qual as demais categorias são espécies**.** Assim, provedor de internet é a pessoa natural ou jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da internet, ou por meio dela.
>
> [...]
>
> Já o *Provedor de Acesso ou Provedor de Conexão* é a pessoa jurídica fornecedora de serviços que consistem em possibilitar o acesso de seus consumidores à internet. Para sua caracterização, basta que ele possibilite a conexão dos terminais de seus clientes à internet. *Em nosso país os mais conhecidos são: Net Virtua, Brasil Telecom, GVT e operadoras de telefonia celular como TIM, Claro e Vivo, estas últimas que fornecem o serviço 3G e 4G*.
>
> *Quanto a este provedor, é importante frisar que o marco civil da internet operou certa alteração no mencionado conceito ao afirmar que, na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo o respectivo dever de manter os registros de conexão*. Tendo, ainda, definido como *administrador de sistema autônomo a pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento devidamente cadastrado no ente nacional responsável pelo registro e* distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao país.
>
> [...]
>
> *Provedor de Aplicação de Internet (PAI) é um termo que descreve qualquer empresa, organização ou grupo que forneça um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet*.
>
> *Em primeira análise, o conceito já exclui o provedor de infraestrutura (backbone) e o provedor de conexão (provedor de acesso ou PSAs), este último pela clara separação realizada no bojo do próprio Marco Civil entre provisão de conexão e provisão de aplicações de internet*.
>
> Em um segundo momento, *concluo que o conceito de PAI inclui o provedor de correio eletrônico, o provedor de hospedagem e o provedor de conteúdo*. Por óbvio, o provedor de serviços online (PSOs) também está incluído no conceito, mesmo porque os dois estão intimamente entrelaçados.
>
> Continuando o estudo, nota-se que o artigo 15, caput, ajuda na tarefa de chegar a um conceito final de provedor de aplicação de internet. Diz o citado artigo que:
>
> O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins

> econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

Apresentadas as distinções entres as modalidades de provedores de internet, ou seja, *provedores de aplicação* (como no caso da Google) e *provedores de conexão* (Net Virtua, Brasil Telecom, GVT e operadoras de telefonia celular como TIM, Claro e Vivo, entre outras), cumpre analisar a responsabilidade atribuída a cada modalidade.

O tema já foi enfrentado pelo STJ, tendo a Corte bem delimitado a responsabilização de cada provedor.

Consagrou a Corte, em síntese, que aos provedores de aplicação é exigida a guarda dos dados de conexão (neles incluído o respectivo IP), enquanto aos provedores de conexão cumpre a guarda de dados pessoais do usuário.

Nesse sentido:

> No caso dos *provedores de aplicação*:
>
> Civil e Processual Civil. Recurso especial. Ação de obrigação de fazer. *Fornecimento de dados pessoais. Qualificação e endereço*. Impossibilidade. Registro de acesso a aplicações. Marco Civil da Internet. *Delimitação. Proteção à privacidade. Restrição*.
>
> 1. Ação ajuizada em 07/11/2016, recurso especial interposto em 07/11/2018 e atribuído a este gabinete em 01/07/2019.
>
> 2. O propósito recursal consiste em *determinar, nos termos do Marco Civil da Internet, a qualidade das informações que devem ser guardadas e, por consequência, fornecidas sob ordem judicial pelos provedores de aplicação. Em outras palavras, quais dados estaria o* ***provedor de aplicações de internet obrigado a fornecer***.
>
> 3. Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de internet. Precedentes.
>
> *4. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é consolidada no sentido de - para adimplir sua obrigação de identificar usuários que eventualmente publiquem conteúdos considerados ofensivos por terceiros - é suficiente o fornecimento do número IP correspondente à publicação ofensiva indicada pela parte.*
>
> 5. O Marco Civil da Internet tem como um de seus fundamentos a defesa da privacidade e, assim, as informações armazenadas a título de registro de

acesso a aplicações devem estar restritas somente àquelas necessárias para o funcionamento da aplicação e para a identificação do usuário por meio do número IP.

6. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1.829.821/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25/08/2020, DJe 31/08/2020)

No caso dos *provedores de conexão ou de acesso*:

Recurso especial. Internet. Obrigação de fazer. *Provedor de acesso. Usuários. Identificação. Dever. Guarda dos dados. Obrigação*. Prazo. *Dever de armazenamento. Possibilidade fática e jurídica do pedido*. Multa diária. Cabimento.

[...]

2. O propósito recursal consiste na verificação da obrigatoriedade da apresentação de informações relativas ao número IP o qual acessou sem autorização a conta de e-mail da recorrida, apesar das alegações de impossibilidade técnica da recorrente.

[...]

4. A jurisprudência do STJ está orientada no sentido de estabelecer um dever jurídico dos provedores de acesso de armazenar dados cadastrais de seus usuários durante o prazo de prescrição de eventual ação de reparação civil. Julgados desta Corte Superior.

5. Descabimento da alegação de impossibilidade fática ou jurídica do fornecimento de dados cadastrais a partir da identificação do IP, conforme precedentes do STJ.

6. Não subsiste a alegação de que o uso de IP dinâmico - consistente naquele não atribuído privativamente a um único dispositivo - impediria a identificação do seu usuário em determinado momento.

7. *É possível a imposição de multa diária para o caso de descumprimento da ordem, mesmo que seja para a apresentação de dados cadastrais*.

8. Recurso especial não provido.

(REsp 1.785.092/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/05/2019, DJe 09/05/2019)

Tal entendimento decorre, portanto, do "dever de guarda de registros de acesso a aplicações de internet e o dever de escrituração reconhecido pela jurisprudência brasileira", sendo certo que, na evolução da jurisprudência desta Corte, verifica-se a tônica da *efetiva identificação do usuário* nos casos em que a lei autoriza a quebra de sigilo de dados pelos provedores de internet.

Note-se:

Direito Civil. Obrigação de fazer e não fazer. Vídeos divulgados em site de compartilhamento (Youtube). Contrafação a envolver a marca e material publicitário dos autores. Ofensa à imagem e ao nome das partes. Dever de retirada. Indicação de URL's. Desnecessidade. Individualização precisa do conteúdo do vídeo e do nome a ele atribuído. Multa. Reforma. Prazo para a retirada dos vídeos (24 h). Manutenção.

1. Atualmente, saber qual o limite da responsabilidade dos provedores de internet ganha extrema relevância, na medida em que, de forma rotineira, noticiam-se violações à intimidade e à vida privada de pessoas e empresas, julgamentos sumários e linchamentos públicos de inocentes, tudo praticado na rede mundial de computadores e com danos substancialmente potencializados em razão da natureza disseminadora do veículo. Os verdadeiros "apedrejamentos virtuais" são tanto mais eficazes quanto o são confortáveis para quem os pratica: o agressor pode recolher-se nos recônditos ambientes de sua vida privada, ao mesmo tempo em que sua culpa é diluída no anonimato da massa de agressores que replicam, frenética e instantaneamente, o mesmo comportamento hostil, primitivo e covarde de seu idealizador, circunstância a revelar que o progresso técnico-científico não traz consigo, necessariamente, uma evolução ética e transformadora das consciências individuais. Certamente, os rituais de justiça sumária e de linchamentos morais praticados por intermédio da internet são as barbáries típicas do nosso tempo.

Nessa linha, não parece adequado que o Judiciário adote essa involução humana, ética e social como um módico e inevitável preço a ser pago pela evolução puramente tecnológica, figurando nesse cenário como mero expectador.

2. Da leitura conjunta da inicial e do que ficou decidido nas instâncias de origem, o presente recurso especial cinge-se à obrigação remanescente relativa aos vídeos com o título difamante, tenham sido eles indicados precisamente pelas autoras (com a menção das URL's), ou não, mas desde que existentes no site, com aquele preciso título, depois de o provedor ter sido formalmente notificado de sua existência.

3. Por outro lado, há referência nos autos acerca de perícia já realizada na qual se constatou a viabilidade técnica de controle dos vídeos no site youtube, concluindo o perito judicial que apenas por questões de conveniência e oportunidade o provedor não o realiza.

4. Com efeito, dada a moldura fática delineada, e diante da precisão do conteúdo do vídeo indicado e da existência de perícia nos autos a sugerir a possibilidade de busca pelo administrador do site, reafirma-se entendimento segundo o qual o provedor de internet - administrador de redes sociais -, ainda em sede de liminar, deve retirar informações difamantes a terceiros manifestadas

por seus usuários, independentemente da indicação precisa, pelo ofendido, das páginas em que foram veiculadas as ofensas (URL's).

5. A jurisprudência da Casa é firme em apregoar que a responsabilidade dos provedores de internet, quanto a conteúdo ilícito veiculado em seus sites, envolve também a indicação dos autores da informação (número de IP).

6. Multa cominatória reajustada para que incida somente a partir deste julgamento, no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de descumprimento, mantido o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para a retirada dos vídeos difamantes.

7. Recurso especial parcialmente provido, apenas no tocante ao valor das *astreintes*.

(REsp 1.306.157/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 24/03/2014)

Recurso especial. Civil. Internet. *Dever de guarda de registros de aplicação*. Prequestionamento. Ausente em parte. Fotos divulgadas ilicitamente. Numeros IPs de usuários que acessaram perfil em rede social. Fornecimento. Possibilidade. *Indícios de ilicitude e utilidade da ordem judicial*. Reexame de matéria fática. Prazo de guarda. Termo a ser considerado. Decisão liminar de 1º grau de jurisdição.

1. Agravo de instrumento interposto em 22/08/2017, recurso especial interposto em 07/02/2018 e atribuído a este gabinete em 05/06/2018.

2. O propósito consiste em determinar: *(i) a possibilidade jurídica de obrigação ao fornecimento de IPs e dados cadastrais solicitados, referentes aos usuários que acessaram dado perfil de rede social num período tempo determinado*; (ii) se, na hipótese, há indício de ato ilícito suficiente para fundamentar a ordem judicial de fornecimento de informações (art. 22, parágrafo único, I, do MCI); *(iii) se, na hipótese, há utilidade na ordem judicial* para identificação de eventuais infratores (art. 22, parágrafo único, II, do MCI); e (iv) se as informações requeridas na hipótese estão dentro do prazo legal de obrigatoriedade de guarda pelos provedores de aplicação (art. 15 do MCI).

3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.

4. Diante da obrigação legal de guarda de registros de acesso a aplicações de internet e o dever de escrituração reconhecido por este STJ, não há como afastar a possibilidade jurídica de obrigar os provedores de aplicação ao fornecimento da informação em discussão - quais usuários acessaram um perfil na rede social num período - por se tratar de mero desdobramento dessas obrigações.

5. Não está em discussão a possibilidade técnica ou fática de tal fornecimento na hipótese em julgamento. Qualquer alegação nesse sentido, deve ser devidamente comprovada no Juízo de origem, o que necessita de dilação probatória e exame de matérias de fato, discussões que descabem a este STJ.

6. Rever o entendimento do Tribunal de origem acerca da presença de indícios de ilicitude e sobre a utilidade da ordem judicial necessitaria, obrigatoriamente, no reexame do acervo fático probatório, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ.

7. O art. 15 do Marco Civil da Internet obriga a guarda dos registros de aplicação apenas por 6 (seis) meses. Na hipótese, o termo a ser contabilizado é a data de notificação da recorrente da decisão judicial de 1º grau de jurisdição que determinou a entrega das informações requeridas pelos recorridos.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido em parte.

(REsp n. 1.738.651/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25/08/2020, DJe 28/08/2020)

Processual Civil. Recurso especial. Ação de obrigação de fazer. Internet. *Provedor de aplicação. Usuários. Identificação. Endereço IP*. Porta lógica de origem. *Dever. Guarda dos dados. Obrigação. Marco Civil da Internet. Interpretação teleológica*.

[...]

2. Ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de tutela antecipada, na qual relata a recorrida que foi surpreendida com a informação de que suas consultoras estariam recebendo e-mails com comunicado falso acerca de descontos para pagamento de faturas devidas à empresa.

3. O propósito recursal consiste em definir a *obrigatoriedade de guarda e apresentação, por parte da provedora de aplicação de internet, dos dados relacionados à porta lógica de origem associadas aos endereços IPs*.

4. Os endereços IPs são essenciais arquitetura da internet, que permite a bilhões de pessoas e dispositivos se conectarem à rede, permitindo que trocas de volumes gigantescos de dados sejam operadas com sucesso.

5. A versão 4 dos endereços IPs (IPv4) esgotou sua capacidade e, atualmente, há a transição para a versão seguinte (IPv6). Nessa transição, adotou-se o compartilhamento de IP, via porta lógica de origem, como solução temporária.

6. Apenas com as informações dos provedores de conexão e de aplicação quanto à porta lógica de origem é possível resolver a questão da identidade de usuários na internet, que estejam utilizam um compartilhamento da versão 4 do IP.

7. O Marco Civil da Internet dispõe sobre a guarda e fornecimento de dados de conexão e de acesso à aplicação em observância aos direitos de intimidade e privacidade.

8. Pelo cotejamento dos diversos dispositivos do Marco Civil da Internet mencionados acima, em especial o art. 10, caput e § 1º, percebe-se que é inegável a existência do dever de guarda e fornecimento das informações relacionadas à porta lógica de origem.

> 9. Apenas com a porta lógica de origem é possível fazer restabelecer a univocidade dos números IP na internet e, assim, é dado essencial para o correto funcionamento da rede e de seus agentes operando sobre ela. *Portanto, sua guarda é fundamental para a preservação de possíveis interesses legítimos a serem protegidos em lides judiciais ou em investigações criminais*.
>
> 10. Recurso especial não provido.
>
> (REsp 1.777.769/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 08/11/2019)

4. No caso em análise, as instâncias ordinárias, conforme consignado, negaram o pedido para expedição de ofício às empresas provedoras de conexão, com esteio nos argumentos que podem ser assim sintetizados: 1) a intervenção judicial é desnecessária para a identificação dos provedores de conexão, sendo a identificação do IP "medida adequada e suficiente para a busca dos causadores do dano; 2) que a quebra do sigilo de dados telefônicos e de identificação dos usuários deve ocorrer por meio de procedimento criminal; 3) impossibilidade de condenação fora do que foi pedido; 4) impossibilidade de impor condenação a terceiro que não integrou a lide.

Nessa esteira, tomando como base o que dispõem os *arts. 10, § 1º, e 22 da Lei n. 12.956/2014*, tenho que o acórdão recorrido, observada sempre a máxima vênia, ao tempo que contrariou a legislação de regência, afastou-se da jurisprudência mais recente da Corte sobre o tema.

4.1. Com efeito, é entendimento pacífico da Corte, nos termos do art. 22 do Marco Civil da Internet, a necessidade da *intervenção judicial*, diante de indícios de ilicitude, para obtenção de dados protegidos pelo sigilo, como forma de instruir processos cíveis e criminais.

Nesse sentido, o já referido *REsp n. 1.738.651/MS*:

> Recurso especial. Civil. Internet. *Dever de guarda de registros de aplicação*. Prequestionamento. Ausente em parte. Fotos divulgadas ilicitamente. Numeros IPs de usuários que acessaram perfil em rede social. Fornecimento. Possibilidade. *Indícios de ilicitude e utilidade da ordem judicial*. Reexame de matéria fática. Prazo de guarda. Termo a ser considerado. Decisão liminar de 1º grau de jurisdição.
>
> 1. Agravo de instrumento interposto em 22/08/2017, recurso especial interposto em 07/02/2018 e atribuído a este gabinete em 05/06/2018.
>
> 2. O propósito consiste em determinar: *(i) a possibilidade jurídica de obrigação ao fornecimento de IPs e dados cadastrais solicitados, referentes aos usuários que acessaram dado perfil de rede social num período tempo determinado*; (ii) se, na

> hipótese, há indício de ato ilícito suficiente para fundamentar a ordem judicial de fornecimento de informações (art. 22, parágrafo único, I, do MCI); *(iii) se, na hipótese, há utilidade na ordem judicial para identificação de eventuais infratores (art. 22, parágrafo único, II, do MCI)*; e (iv) se as informações requeridas na hipótese estão dentro do prazo legal de obrigatoriedade de guarda pelos provedores de aplicação (art. 15 do MCI).
>
> 3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.
>
> *4. Diante da obrigação legal de guarda de registros de acesso a aplicações de internet e o dever de escrituração reconhecido por este STJ, não há como afastar a possibilidade jurídica de obrigar os provedores de aplicação ao fornecimento da informação em discussão - quais usuários acessaram um perfil na rede social num período - por se tratar de mero desdobramento dessas obrigações*.
>
> 5. Não está em discussão a possibilidade técnica ou fática de tal fornecimento na hipótese em julgamento. Qualquer alegação nesse sentido, deve ser devidamente comprovada no Juízo de origem, o que necessita de dilação probatória e exame de matérias de fato, discussões que descabem a este STJ.
>
> 6. Rever o entendimento do Tribunal de origem acerca da presença de indícios de ilicitude e sobre a utilidade da ordem judicial necessitaria, obrigatoriamente, no reexame do acervo fático probatório, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ.
>
> 7. O art. 15 do Marco Civil da Internet obriga a guarda dos registros de aplicação apenas por 6 (seis) meses. Na hipótese, o termo a ser contabilizado é a data de notificação da recorrente da decisão judicial de 1º grau de jurisdição que determinou a entrega das informações requeridas pelos recorridos.
>
> 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido em parte.
>
> (REsp n. 1.738.651/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25/08/2020, DJe 28/08/2020)

Nesse ponto, vale aqui destacar que a alegação da possibilidade (fática) da obtenção dos dados do usuário pela própria vítima não se sustenta, tendo em vista que a mera indicação dos provedores de conexão, como sabido, não é apta a identificar o usuário respectivo.

4.2. Do mesmo modo, não há falar-se na obtenção de dados exclusivamente no âmbito de procedimento criminal, conforme a previsão expressa do art. 22 do Marco Civil da Internet, sobretudo considerando que *não se trata aqui da proteção do fluxo de comunicações, disciplinada com os rigores necessários da Lei n. 9.296/1996* (RMS n. 61.302/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/08/2020, DJe 04/09/2020).

Neste ponto, confira-se o *recentíssimo entendimento firmado por esta Quarta Turma* por ocasião do julgamento do REsp n.1.859.665/SC, cuja relatoria me coube:

> [...]
>
> 5. Nos termos da Lei n. 12.965/2014 (art. 22), a parte interessada poderá pleitear ao juízo, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet. Para tanto, sob pena de admissibilidade, exige a norma que haja: I - fundados indícios da ocorrência do ilícito; II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e III - período ao qual se referem os registros (parágrafo único).
>
> (REsp 1.859.665/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 09/03/2021, DJe 20/04/2021)

4.3. Terceiro ponto refere-se ao fundamento adotado pelo acórdão quanto à inobservância aos limites objetivos da lide.

Conforme descrito, foi formulado pedido expresso para que a empresa ré fornecesse a *identificação dos IPs e dos usuários* responsáveis pela veiculação dos vídeos (item 6 da inicial - 6. que seja obrigada a fornecer a identificação dos IPs e dos usuários, para futuras ações de reparação civil e criminal).

Vale ressaltar que, a despeito de qualquer discussão quanto ao cabimento ou à possibilidade técnica na identificação dos usuários no caso concreto, o pedido de identificação dos usuários foi formulado, encontrando-se em consonância com a causa de pedir declinada na peça inaugural.

Por outro lado, as recorrentes, após a decisão liminar, requereram, como forma de conferir efetividade ao pedido de identificação dos usuários, que a empresa ré apresentasse os provedores de conexão (*como, por exemplo, TIM, NET, GVT, etc.*), vinculados aos IPs por elas fornecidos.

Note-se (fl. 330):

> *que após o conhecimento do provedores de conexão dos IPs, requer a quebra do sigilo de dados desses usuários, e que o provedor de conexão seja oficiado por este juízo para fornecer os dados pessoais disponíveis em seu sistema*, como nome completo, RG, CPF, endereço físico, e demais dados que tenha disponível, capaz de identificar, efetivamente, os usuários das publicações indicadas na exordial.

Nesse sentido, seja por qual ângulo se analise, não há falar-se em infringência aos limites objetivos da lide.

Ademais, vale ressaltar que a jurisprudência assente da Corte, há muito, consigna que é permitido ao magistrado extrair a interpretação lógico-sistemática da peça inicial, o que se pretende obter com a demanda.

Confiram-se:

> Agravo regimental. Agravo regimental. Recurso especial. Responsabilidade civil. Termo final de pensionamento. Adstrição aos limites do pedido. Pedido implícito.
>
> 1. "Não ocorre julgamento extra ou ultra petita na hipótese em que o tribunal reconhece os pedidos implicitamente formulados na inicial.
>
> O princípio de que os pedidos são interpretados restritivamente não impede que os implícitos sejam conhecidos" (REsp 222.644/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 13.06.2005).
>
> 2. Tendo o julgador respeitado os limites da causa, não há que se falar em julgamento ultra petita.
>
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (AgRg no AgRg no REsp 805.422/DF, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 20/09/2012, DJe 05/10/2012)

> Agravo regimental no recurso especial. Administrativo. Diploma expedido por universidade estrangeira. Revalidação. Violação do art. 535 do CPC. Alegações genéricas. Súmul) 284/STF. Acórdão com fundamento nas Resoluções n. 01/2001 e 01/2002 - CNE/CES. Análise da via do especial. Impossibilidade. Julgamento *extra petita*. Não ocorrência.
>
> [...] 3. Para que se verifique ofensa ao princípio da congruência, encartado nos artigos 2º, 128, 459, 460 e 512, do Código de Processo Civil, é necessário que a decisão ultrapasse o limite dos pedidos deduzidos no processo, extrapolando-se os pleitos da exordial, o que definitivamente não ocorreu no caso vertente.
>
> 4. A jurisprudência desta Corte Superior é assente no sentido de que o julgamento pelo Tribunal de origem não se restringe ao que está expresso no capítulo referente aos pedidos, sendo-lhe permitido extrair da interpretação lógico-sistemática da peça inicial que se pretende obter com a demanda, o que abrange, evidentemente, o pagamento das diferenças salariais decorrentes do desvio de função.
>
> 5. Agravo regimental não provido.
>
> (AgRg no REsp 1.253.140/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/02/2012, DJe 05/03/2012)

> Recurso especial. Processo Civil e Civil. Cumulação de pedidos. Rito ordinário. Art. 292 CPC. Venda de imóveis simulada. Informação falsa. Desembaraço dos bens. Má-fé configurada. Hipoteca em prol da recorrente. Empréstimo irregular a terceiros. Perdas e danos. Ressarcimento integral. Vício *extra petita*. Inovação da tese recursal. Preclusão. Observância do princípio da congruência.
>
> Decadência e prescrição. Fenômenos distintos. Reexame de cláusulas contratuais e de matéria fático-probatória. Inviabilidade. Conduta danosa. Súmulas n. 5 e 7/STJ. Incidência das Súmulas n. 283 e 284/STF.
>
> [...] 3. Inovação recursal quanto à alegação de julgamento *extra petita* no que tange à extensão do pedido de perdas e danos.
>
> 4. No caso, tanto a sentença como o acórdão guardam inteira correlação com o pleito autoral de ressarcimento integral dos prejuízos sofridos, à luz do princípio da congruência (arts. 128 e 460 do CPC), a partir da interpretação sistemática do pedido, examinado dentro dos limites da lide.
>
> 5. O reconhecimento da decadência do direito de anulação das escrituras particulares de compra e venda de imóveis não interfere no direito pessoal de indenização por perdas e danos decorrente da conduta culposa da recorrente, porquanto relações de natureza distintas.
>
> [...] 8. Recurso Especial não provido.
>
> (REsp 647.456/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 16/04/2013, DJe 25/04/2013)

No caso concreto, é bem de ver que os pedidos formulados pela recorrente traduzem, com rigor, a finalidade do provimento judicial, qual seja, a preservação da honra e memória da falecida, mediante a retirada de vídeos ou matérias ofensivas do ar, bem como a obtenção de dados para futura (e eventual) responsabilização pessoal dos usuários responsáveis pelas divulgações injuriosas e inverídicas, circunstâncias que se encontram demonstradas pelas razões apresentadas na petição inicial.

Assim, os pedidos evidenciam pretensão amparada pelo Marco Civil da Internet, nos exatos termos do art. 22 da legislação aplicável.

A propósito, vale destacar que o caso em análise não se confunde com a solução dada pela Quarta Turma no já referido REsp n. 1.859.665/SC.

Por certo, no julgamento do recurso supracitado, indeferiu-se o requerimento formulado contra o Facebook para que o provedor de conteúdo identificasse, de maneira indiscriminada, *todos os usuários responsáveis pelo compartilhamento* do vídeo de conteúdo ilícito – e não apenas aqueles responsáveis pela inclusão da mídia na internet.

No caso descrito, portanto, diferentemente do que ora se analisa, concluiu-se pela *impossibilidade da quebra do sigilo de dados de maneira genérica e dissociada de elementos indiciários mínimos da existência de ilícitos civis ou penais*.

Confira-se:

> Recurso especial. Obrigação de fazer c/c exibição de documentos. Postagem de vídeo contendo informações alegadamente falsas, prejudiciais à imagem da sociedade empresária autora, em rede social. *Quebra do sigilo de todos os usuários que compartilharam o conteúdo potencialmente difamatório na plataforma do Facebook. Impossibilidade. Pleito sem exposição de fundadas razões para a quebra. Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014, art. 22). Preservação da privacidade e do direito ao sigilo de dados*.
>
> 1. O Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) estabelece que, na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 ano, nos termos do regulamento (art. 13); e o provedor de aplicações de internet, custodiar os respectivos registros de acesso a aplicações de internet pelo prazo de 6 meses (art. 15).
>
> *2. O propósito da norma foi criar instrumental que consiga, por autoridade constituída e precedida de autorização judicial, acessar os registros de conexão, rastreando e sancionando eventuais condutas ilícitas perpetradas por usuários da internet e inibindo, de alguma forma, a falsa noção de anonimato no uso das redes*. Por outro lado, a Lei n. 12.965/2014 possui viés hermenêutico voltado ao zelo pela preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário (art. 23), com a previsão de cláusula de reserva judicial para qualquer quebra de sigilo.
>
> *3. Portanto, se é certo afirmar que o usuário das redes sociais pode livremente reivindicar seu direito fundamental de expressão, também é correto sustentar que a sua liberdade encontrará limites nos direitos da personalidade de outrem, sob pena de abuso em sua autonomia*, já que nenhum direito é absoluto, por maior que seja a sua posição de preferência, especialmente se tratar-se de danos a outros direitos de elevada importância.
>
> 4. No caso, a autora requereu a suspensão imediata do vídeo disponibilizado em redes sociais no qual um homem, anonimamente, afirmava ter comprado um lanche que estaria contaminado com larvas nas dependências da sua empresa, não sendo tal notícia verdadeira, já que a refeição jamais fora adquirida no estabelecimento da requerente, que, em razão disso, foi afetada em seus negócios e em sua imagem. Além disso, requereu fosse a empresa de rede social obrigada a fornecer o IP de todos os responsáveis pelo compartilhamento do vídeo difamador.
>
> 5. Nos termos da Lei n. 12.965/2014 (art. 22), a parte interessada poderá pleitear ao juízo, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial

> cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet. Para tanto, sob pena de admissibilidade, exige a norma que haja: I - fundados indícios da ocorrência do ilícito; II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e III - período ao qual se referem os registros (parágrafo único).
>
> *6. É vedado ao provedor de aplicações de internet - em pedido genérico e coletivo, sem a especificação mínima de uma conduta ilícita realizada - fornecer dados, de forma indiscriminada, dos usuários que tenham compartilhado determinada postagem*.
>
> 7. Na espécie, a recorrida não trouxe nenhum elemento, nem sequer descreveu indícios de ilicitude da conduta dos usuários que, por qualquer motivo, acabaram por apenas compartilhar o vídeo com conteúdo difamador, limitando-se a identificar a página do autor da postagem e de um ex-funcionário que também teria publicado o vídeo em seu perfil.
>
> *8. Assim, sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles*, deve prevalecer a privacidade dos usuários. Não se pode subjugar o direito à privacidade a ponto de permitir a quebra indiscriminada do sigilo dos registros, com informações de foro íntimo dos usuários, tão somente pelo fato de terem compartilhado determinado vídeo que, depois se soube, era falso.
>
> 9. Recurso especial provido.
>
> (REsp 1.859.665/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 09/03/2021, DJe 20/04/2021)

No caso ora em debate, portanto, estando presentes indícios de ilicitude na conduta dos usuários que inseriram os vídeos na rede mundial de computadores e, ainda, por ser o pedido específico, voltado tão só a obtenção dos dados dos referidos usuários – com base nos IPs já apresentados –, *penso que a privacidade do usuário, no caso concreto, não prevalece*.

É bem de ver que esta Corte já se deparou com o tema envolvendo os "apedrejamentos virtuais", hoje mais conhecidos como "fake news" ou discursos de ódio, destacando, na oportunidade, a importância da atuação enérgica do Poder Judiciário para coibir referidas condutas.

A propósito:

> Direito Civil. Obrigação de fazer e não fazer. Vídeos divulgados em site de compartilhamento (Youtube). Contrafação a envolver a marca e material publicitário dos autores. Ofensa à imagem e ao nome das partes. Dever de retirada. Indicação de URL's. Desnecessidade. Individualização precisa do

conteúdo do vídeo e do nome a ele atribuído. Multa. Reforma. Prazo para a retirada dos vídeos (24 h). Manutenção.

1. Atualmente, saber qual o limite da responsabilidade dos provedores de internet ganha extrema relevância, na medida em que, de forma rotineira, noticiam-se violações à intimidade e à vida privada de pessoas e empresas, julgamentos sumários e linchamentos públicos de inocentes, tudo praticado na rede mundial de computadores e com danos substancialmente potencializados em razão da natureza disseminadora do veículo. Os verdadeiros "apedrejamentos virtuais" são tanto mais eficazes quanto o são confortáveis para quem os pratica: o agressor pode recolher-se nos recônditos ambientes de sua vida privada, ao mesmo tempo em que sua culpa é diluída no anonimato da massa de agressores que replicam, frenética e instantaneamente, o mesmo comportamento hostil, primitivo e covarde de seu idealizador, circunstância a revelar que o progresso técnico-científico não traz consigo, necessariamente, uma evolução ética e transformadora das consciências individuais. Certamente, os rituais de justiça sumária e de linchamentos morais praticados por intermédio da internet são as barbáries típicas do nosso tempo. Nessa linha, *não parece adequado que o Judiciário adote essa involução humana, ética e social como um módico e inevitável preço a ser pago pela evolução puramente tecnológica, figurando nesse cenário como mero expectador*.

2. Da leitura conjunta da inicial e do que ficou decidido nas instâncias de origem, o presente recurso especial cinge-se à obrigação remanescente relativa aos vídeos com o título difamante, tenham sido eles indicados precisamente pelas autoras (com a menção das URL's), ou não, mas desde que existentes no site, com aquele preciso título, depois de o provedor ter sido formalmente notificado de sua existência.

3. Por outro lado, há referência nos autos acerca de perícia já realizada na qual se constatou a viabilidade técnica de controle dos vídeos no site youtube, concluindo o perito judicial que apenas por questões de conveniência e oportunidade o provedor não o realiza.

[...]

5. A jurisprudência da Casa é firme em apregoar que a responsabilidade dos provedores de internet, quanto a conteúdo ilícito veiculado em seus sites, envolve também a indicação dos autores da informação (número de IP).

6. Multa cominatória reajustada para que incida somente a partir deste julgamento, no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de descumprimento, mantido o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para a retirada dos vídeos difamantes.

7. Recurso especial parcialmente provido, apenas no tocante ao valor das astreintes.

(REsp 1.306.157/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 24/03/2014)

4.4. Por fim, não há falar aqui em condenação de terceiro.

A situação dos autos, segundo penso, refere-se à hipótese de deveres impostos a terceiros a fim de auxiliar o cumprimento de ordens judiciais, na forma dos arts. 77 e 139 do CPC.

A propósito, confira-se:

> Art. 77. Além de outros previstos neste Código, *são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo*:
>
> [...]
>
> IV - *cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação*;
>
> [...]
>
> *Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe*:
>
> [...]
>
> *IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária*;

Sobre o tema, em situação específica envolvendo a imposição de *astreintes* a terceiros que não tenham participado da relação processual, preconiza a doutrina especializada:

> *Questão importante para a compreensão dogmática dos comandos normativos é a seguinte: as medidas executivas apenas podem ser impostas ao executado?*
>
> *Pensamos que não. O terceiro e o próprio demandante também podem ser destinatários dessas medidas*.
>
> *O inciso IV do art. 77 do CPC determina que é dever de todos quantos participam do processo - o que inclui os terceiros destinatários de ordens judiciais* - 'cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação'. A opção normativa é clara: quem quer que de algum modo intervenha no processo - o que inclui o processo de execução - deve submeter-se aos comandos judiciais, cumprindo-os, quando lhe forem dirigidos, ou não atrapalhando o seu cumprimento.
>
> Se todos aqueles que, mesmo não sendo partes ou seus procuradores, participam de qualquer forma do processo (art. 77, *caput*, CPC) tem o dever de cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais (art. 77, IV, CPC), então *é possível que o juiz lhes imponha medida executiva com o objetivo ver cumprida uma ordem sua. Tais disposições consistem, na verdade, em concretizações dos*

> *princípios da boa-fé processual (art. 5º, CPC) e da cooperação (art. 6º, CPC)*. Não haveria coerência normativa em pensar que essas pessoas podem ser punidas por eventual descumprimento de ordem judicial (com a multa por *contempt of court*, por exemplo), mas não podem ser compelidas ao cumprimento dessa mesma ordem.
>
> *Daí que é possível, por exemplo, a fixação de multa para cumprimento de decisão que imponha a terceiro, administrador de cadastro de proteção de crédito, a exclusão do nome da parte. O administrador do cadastro não precisa ser réu no processo para ser destinatário da ordem - e, portanto, para ser compelido a cumpri-la*.
>
> Além disso, o magistrado, no exercício do seu poder geral de efetivação, pode impor prestação de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro ao ente público e determinar medidas executivas diretamente ao agente público (pessoa natural) responsável por tomar a providência necessária ao cumprimento da prestação imposta."
>
> (DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Direito processual civil: Execução. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 109).

Por sua vez, a jurisprudência da Corte, nesse ponto, admite inclusive aplicação de multa a terceiros por descumprimento de ordem judicial.

Veja-se:

> Recurso em mandado de segurança. Quebra de sigilo telemático. Legalidade e valor da multa. Decadência. Aplicação da multa por descumprimento de decisão judicial para terceiros fornecer informações. Possibilidade. Recurso desprovido.
>
> [...]
>
> 2. *A jurisprudência deste Sodalício admite a aplicação de multa em decorrência do descumprimento de ordem judicial para terceiro fornecer informações referentes à movimentação da conta de usuários de rede social, ou qualquer outro aplicativo de internet*, mesmo que os dados fiquem armazenados em computadores localizados no exterior.
>
> Recurso em mandado de segurança desprovido. (RMS 53.757/RS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 05/11/2018)

Tais delineamentos, embora decorrentes de situação concreta diversa, evidenciam hipótese de exteriorização dos poderes implícitos decorrentes do poder geral de cautela assegurado a todo magistrado, com a finalidade única de entregar provimento judicial adequado e efetivo ao que se requer.

Quanto à atuação dos sujeitos do processo em tais circunstâncias, vale destacar relevante entendimento exarado pela Terceira Turma:

> Recurso especial. Ação de obrigação de fazer com pedido de reparação por danos morais. Conteúdo ofensivo na internet. Responsabilidade subjetiva do provedor. Omissão do acórdão recorrido. Inexistência. Suficiente identificação da URL do conteúdo ofensivo. Indenização por danos morais. Cabimento. Redução do valor da multa pelo descumprimento de ordem judicial. Possibilidade no caso concreto. Recurso especial parcialmente provido.
>
> [...]
>
> 2. A exigência de indicação precisa da URL tem por finalidade a identificação do conteúdo que se pretende excluir, de modo a assegurar a liberdade de expressão e impedir censura prévia por parte do provedor de aplicações de internet. Todavia, nas hipóteses em que for flagrante a ilegalidade da publicação, com potencial de causar sérios gravames de ordem pessoal, social e profissional à imagem do autor, *a atuação dos sujeitos envolvidos no processo (juiz, autor e réu) deve ocorrer de maneira célere, efetiva e colaborativa, mediante a conjunção de esforços que busque atenuar, ao máximo e no menor decurso de tempo, os efeitos danosos do material apontado como infringente*.
>
> 3. Na espécie, sob essa perspectiva, verifica-se que a indicação das URLs, na petição inicial, assim como a ordem judicial deferida em antecipação dos efeitos da tutela continham elementos suficientes à exclusão do conteúdo difamatório da rede virtual, não havendo se falar, portanto, em retirada indiscriminada, a pretexto de que o seu conteúdo pudesse ser do interesse de terceiros. Diversamente, ficou configurado o descumprimento de determinação expressa, a ensejar a responsabilização da empresa ré por sua conduta omissiva.
>
> [...]
>
> 5. O total fixado a título de astreintes somente poderá ser objeto de redução se fixada a multa diária em valor desproporcional e não razoável à própria prestação que ela objetiva compelir o devedor a cumprir; nunca em razão do simples valor integral da dívida, mera decorrência da demora e inércia do próprio devedor. Precedentes.
>
> 6. Recurso especial desprovido.
>
> (REsp 1.738.628/SE, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 19/02/2019, REPDJe 26/02/2019, DJe 25/02/2019)

Por outro lado, no caso específico em debate, a jurisprudência da Casa é firme em apregoar que a responsabilidade dos provedores de internet quanto a conteúdo ilícito veiculado em seus *sites* envolve também a indicação dos autores da informação.

No que diz respeito ao dever jurídico em si de prestar informações sobre a identidade de usuário de serviço de internet, ofensor de direito alheio, o

entendimento mais recente da Corte reconhece a obrigação do provedor de acesso à internet de, uma vez instado pelo Poder Judiciário, fornecer, com base no endereço de IP ("Internet Protocol"), os dados cadastrais de usuário autor de ato ilícito**,** ainda que em data anterior à Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet):

> Recurso especial. Civil e Processual Civil (CPC/1973). Internet. Demanda anterior ao Marco Civil (Lei n. 12.965/2014). Ação cominatória. Obrigação de fazer. Fornecimento de dados cadastrais de usuário de provedor de acesso. Dever de armazenamento. Possibilidade fática e jurídica do pedido. Julgados desta Corte Superior. Cominação de multa diária. Cabimento.
>
> 1. Controvérsia acerca da obrigação de empresa de acesso à internet fornecer, a partir do endereço de IP ("Internet Protocol"), os dados cadastrais de usuário autor de ato ilícito, em data anterior à Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet).
>
> *2. Reconhecimento pela jurisprudência de um dever jurídico dos provedores de acesso de armazenar dados cadastrais de seus usuários durante o prazo de prescrição de eventual ação de reparação civil. Julgados desta Corte Superior*.
>
> 3. Descabimento da alegação de impossibilidade fática ou jurídica do fornecimento de dados cadastrais a partir da identificação do IP. Julgados desta Corte Superior.
>
> 4. Considerações específicas acerca da aplicabilidade dessa orientação ao IP dinâmico consistente naquele não atribuído privativamente a um único dispositivo (IP fixo), mas compartilhado por diversos usuários do provedor de acesso.
>
> 5. Cabimento da aplicação de *astreintes* para o caso de descumprimento da ordem. Julgado específico desta Corte.
>
> 6. Incidência do óbice da Sumula 284/STF no que tange à alegação de ausência de culpa ou dolo.
>
> 7. *Recurso especial desprovido*.
>
> (REsp 1.622.483/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 15.05.2018, DJe 18.05.2018)

> Recurso especial. *Ação cautelar inominada ajuizada em face de provedor de acesso a internet. Ordem judicial para fornecimento de dados visando à identificação de usuário (terceiro), de modo a viabilizar futura ação indenizatória. Fixação de multa diária. Súmula 372/STJ. Inaplicabilidade*.
>
> [...]
>
> 3. Na hipótese dos autos, verifica-se que a pretensão cautelar reside no fornecimento de dados para identificação de suposto ofensor da imagem da

sociedade de economia federal e de seus dirigentes. Assim, evidencia-se a preponderância da obrigação de fazer, consistente no ato de identificação do usuário do serviço de internet.

4. Tal obrigação, certificada mediante decisão judicial, não se confunde com a pretensão cautelar de exibição de documento, a qual era regulada pelo artigo 844 do CPC de 1973. Isso porque os autores da cautelar inominada não buscaram a exibição de um documento específico, mas, sim, o fornecimento de informações aptas a identificação do tomador do serviço prestado pela requerida, *sendo certo que, desde 2009, já havia recomendação do Comitê Gestor de Internet no Brasil no sentido de que os provedores de acesso mantivessem, por um prazo mínimo de três anos, os dados de conexão e comunicação realizadas por meio de seus equipamentos*.

5. Além do mais, as sanções processuais aplicáveis à recusa de exibição de documento - presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor e busca e apreensão (artigos 359 e 362 do CPC de 1973) -, revelam-se evidentemente inócuas na espécie. É que os fatos narrados na inicial - a serem oportunamente examinados em ação própria - dizem respeito a terceiro (o usuário a ser identificado pela requerida), inexistindo, outrossim, documento a ser objeto de busca e apreensão, pois o fornecimento das informações pleiteadas pelas supostas vítimas reclama, tão somente, pesquisa no sistema informatizado da ré.

6. As citadas peculiaridades, extraídas do caso concreto, constituem distinguishing apto a afastar a incidência do entendimento plasmado na Súmula 372/STJ ("na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória") e reafirmado no Recurso Especial repetitivo 1.333.988/SP ("descabimento de multa cominatória na exibição, incidental ou autônoma, de documento relativo a direito disponível").

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1.560.976/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 30/05/2019, DJe 01/07/2019)

Recurso em mandado de segurança. Direito à privacidade e à intimidade. *Identificação de usuários em determinada localização geográfica*. Imposição que não indica pessoa individualizada. Ausência de ilegalidade ou de violação dos princípios e garantias constitucionais. Fundamentação da medida. Ocorrência. Proporcionalidade. Recurso em mandado de segurança não provido.

[...]

2. Mesmo com tal característica, *o direito ao sigilo não possui, na compreensão da jurisprudência pátria, dimensão absoluta*. De fato, embora deva ser preservado na sua essência, este Superior Tribunal de Justiça, assim como a Suprema Corte, entende que é possível afastar sua proteção quando presentes circunstâncias que denotem a existência de interesse público relevante, invariavelmente por meio de decisão proferida por autoridade judicial competente, suficientemente

fundamentada, na qual se justifique a necessidade da medida para fins de investigação criminal ou de instrução processual criminal, sempre lastreada em indícios que devem ser, em tese, suficientes à configuração de suposta ocorrência de crime sujeito à ação penal pública.

3. Na espécie, a ordem judicial direcionou-se a dados estáticos (registros), relacionados à identificação de usuários em determinada localização geográfica que, de alguma forma, possam ter algum ponto em comum com os fatos objeto de investigação por crimes de homicídio.

4. A determinação do Magistrado de primeiro grau, de *quebra de dados informáticos estáticos, relativos a arquivos digitais de registros de conexão ou acesso a aplicações de internet e eventuais dados pessoais a eles vinculados, é absolutamente distinta daquela que ocorre com as interceptações das comunicações*, as quais dão acesso ao fluxo de comunicações de dados, isto é, ao conhecimento do conteúdo da comunicação travada com o seu destinatário. *Há uma distinção conceitual entre a quebra de sigilo de dados armazenados e a interceptação do fluxo de comunicações*. Decerto que o art. 5º, X, da CF/88 garante a inviolabilidade da intimidade e da privacidade, inclusive quando os dados informáticos constarem de banco de dados ou de arquivos virtuais mais sensíveis. Entretanto, *o acesso a esses dados registrados ou arquivos virtuais não se confunde com a interceptação das comunicações e, por isso mesmo, a amplitude de proteção não pode ser a mesma*.

5. Os dispositivos que se referem às interceptações das comunicações indicados pelos recorrentes não se ajustam ao caso *sub examine*. O procedimento de que trata o art. 2º da Lei n. 9.296/1996, cujas rotinas estão previstas na Resolução n. 59/2008 (com alterações ocorridas em 2016) do CNJ, os quais regulamentam o art. 5º, XII, da CF, não se aplicam a procedimento que visa a obter dados pessoais estáticos armazenados em seus servidores e sistemas informatizados de um provedor de serviços de internet. A quebra do sigilo de dados, na hipótese, corresponde à obtenção de registros informáticos existentes ou dados já coletados.

6. Não há como pretender dar uma interpretação extensiva aos referidos dispositivos, de modo a abranger a requisição feita em primeiro grau, porque a ordem é dirigida a um provedor de serviço de conexão ou aplicações de internet, cuja relação é devidamente prevista no Marco Civil da Internet, o qual não impõe, entre os requisitos para a quebra do sigilo, que a ordem judicial especifique previamente as pessoas objeto da investigação ou que a prova da infração (ou da autoria) possa ser realizada por outros meios.

7. Os arts. 22 e 23 do Marco Civil da Internet, que tratam especificamente do procedimento de que cuidam os autos, não exigem a indicação ou qualquer elemento de individualização pessoal na decisão judicial. *Assim, para que o magistrado possa requisitar dados pessoais armazenados por provedor de serviços de internet, mostra-se satisfatória a indicação dos seguintes elementos previstos na lei: a) indícios da ocorrência do ilícito; b) justificativa da utilidade da requisição; e c) período ao qual se referem os registros*. Não é necessário, portanto,

que o magistrado fundamente a requisição com indicação da pessoa alvo da investigação, tampouco que justifique a indispensabilidade da medida**,** ou seja, que a prova da infração não pode ser realizada por outros meios, o que, aliás, seria até, na espécie - se houvesse tal obrigatoriedade legal - plenamente dedutível da complexidade e da dificuldade de identificação da autoria mediata dos crimes investigados.

8. Logo, a quebra do sigilo de dados armazenados, de forma autônoma ou associada a outros dados pessoais e informações, não obriga a autoridade judiciária a indicar previamente as pessoas que estão sendo investigadas, até porque o objetivo precípuo dessa medida, na expressiva maioria dos casos, é justamente de proporcionar a identificação do usuário do serviço ou do terminal utilizado.

9. Conforme dispõe o art. 93, IX, da CF, "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação". Na espécie, tanto os indícios da prática do crime, como a justificativa quanto à utilização da medida e o período ao qual se referem os registros foram minimamente explicitados pelo Magistrado de primeiro grau.

10. Quanto à proporcionalidade da quebra de dados informáticos, ela *é adequada, na medida em que serve como mais um instrumento que pode auxiliar na elucidação dos delitos*, cuja investigação se arrasta por dois anos, sem que haja uma conclusão definitiva; *é necessária, diante da complexidade do caso e da não evidência de outros meios não gravosos para se alcançarem os legítimos fins investigativos; e, por fim, é proporcional em sentido estrito, porque a restrição a direitos fundamentais que dela redundam - tendo como finalidade a apuração de crimes dolosos contra a vida, de repercussão internacional - não enseja gravame às pessoas eventualmente afetadas, as quais não terão seu sigilo de dados registrais publicizados, os quais, se não constatada sua conexão com o fato investigado, serão descartados*

11. Logo, a ordem judicial para quebra do sigilo dos registros, delimitada por parâmetros de pesquisa em determinada região e por período de tempo, não se mostra medida desproporcional, porquanto, *tendo como norte a apuração de gravíssimos crimes cometidos por agentes públicos contra as vidas de três pessoas - mormente a de quem era alvo da emboscada, pessoa dedicada, em sua atividade parlamentar, à defesa dos direitos de minorias que sofrem com a ação desse segmento podre da estrutura policial fluminense - não impõe risco desmedido à privacidade e à intimidade dos* usuários possivelmente atingidos pela diligência questionada.

12. Recurso em mandado de segurança não provido.

(RMS 61.302/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/08/2020, DJe 04/09/2020)

Ressalte-se, por oportuno, que, no citado *RMS n. 61.302*, o recurso também está relacionado ao homicídio da ex-vereadora Marielle Franco.

A quebra do sigilo de dados no referido recurso, para a apuração na esfera criminal, consistia na *identificação de pessoas que estiveram em determinada região, incluindo dados pessoais e registros de conexão ou acesso a servidores, navegadores ou aplicativos de internet, delimitada por parâmetros de pesquisa em determinada região e por período de tempo (geolocalização ou georerenciamento), diferentemente, portanto, dos dados que ora se pretende obter*.

5. Nessa linha de intelecção, considerando o regramento aplicável à matéria, a natureza dos elementos pretendidos – restritos, frise-se, ao fornecimento dos *dados cadastrais* dos usuários (nome, endereço, identidade) –, assim como o entendimento recente desta Corte que reconhece a obrigação do provedor de acesso à internet de fornecer os dados cadastrais dos usuários de atos ilícitos, conclui-se pela *possibilidade* de que os provedores de conexão, ou provedores de acesso, forneçam os dados pleiteados, ainda que não tenham integrado a relação processual em que formulado o requerimento.

Isso porque a hipótese evidencia, segundo penso, a obrigatoriedade de que terceiros colaborem com atos judiciais, na forma do art. 77 do CPC, não estando configurada qualquer violação aos limites objetivos ou subjetivos da lide.

6. É oportuno ainda destacar que as medidas em debate não confrontam com as determinações visando à proteção do sigilo previstas na recente disciplina trazida pela Lei Geral de Proteção de Dados, Lei n. 13.790/2018.

É certo que a publicação da Lei n. 13.790/2018, conhecida como LGPD, fez surgir vários questionamentos na doutrina, sobretudo quanto à compatibilização do novo regramento legal com as disposições do Marco Civil da Internet, inclusive eventual revogação tácita da Lei n. 12.965/2014 (MCI).

No entanto, já em seu artigo inaugural, a LGPD dispõe sobre "*o tratamento de dados pessoais, **inclusive nos meios digitais**, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural*" (art. 1º da LGPD).

O tema, incipiente no âmbito doutrinário, encontra-se ainda distante do debate necessário pelas Cortes Superiores.

No cotejo entre os normativos legais, verifica-se que, enquanto o MCI prevê o regramento geral do tema, a LGPD institui diretrizes mais específicas

de aplicação e segurança, detalhando os tipos de dados existentes e assegurando toda a movimentação.

A lei apresentou conceitos relevantes, como a *categorização de níveis de proteção*, a exemplo do que chamou de "dados sensíveis", tudo a fim de regulamentar a matéria diante do atual cenário de evolução.

Em relação ao tema, especificamente à extensão da norma, cumpre apresentar importantes considerações de Rony Vainzof na obra *Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*.

> Ademais, a LGPD se aplica a pessoas física e jurídicas que tratem dados pessoais, de direito público ou privado.
>
> [...]
>
> A evolução regulatória histórica em torno da questão revela muito do próprio desenvolvimento humano em torno do conceito de privacidade, estimulando e permitindo um juízo de ponderação, baseado em parâmetros como necessidade e proporcionalidade, para modelar e contrabalançar o interesse privado e o interesse público, estabelecendo a ingerência do Estado sobre direitos fundamentais e liberdades civis, limitando-as.
>
> A premissa é única: não existem direitos absolutos, mas qualquer limitação a direitos fundamentais deve ocorrer de forma moderada, necessária e proporcional.
>
> [...]
>
> Porém, quando o conteúdo outrora em trânsito, repousar estaticamente em seu destino, o art. 5º, inciso XII, e a Lei 9.276/96 saem de cena, para a entrada do inciso X, do mesmo art. 5º e o MCI, mais precisamente o disposto no art. 7º, III, e no art. 10, § 2º, os quais preveem a possibilidade de fornecimento do conteúdo de comunicações privadas mediante ordem judicial, portanto, tanto na esfera cível quanto na criminal.
>
> [...]
>
> *LGPD*: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019.)

Retomando o caso dos autos, no que é relevante à controvérsia, cumpre transcrever o quanto disposto no art. 7º da LGPD:

> Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:
>
> I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
>
> II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

[...]

IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou

X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

§ 1º Nos casos de aplicação do disposto nos incisos II e III do caput deste artigo e excetuadas as hipóteses previstas no art. 4º desta Lei, o titular será informado das hipóteses em que será admitido o tratamento de seus dados. (Revogado pela Medida Provisória n. 869, de 2018)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei n. 13.853, de 2019)

§ 2º A forma de disponibilização das informações previstas no § 1º e no inciso I do caput do art. 23 desta Lei poderá ser especificada pela autoridade nacional. (Revogado pela Medida Provisória n. 869, de 2018)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei n. 13.853, de 2019) Vigência

§ 3º O tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização.

§ 4º É dispensada a exigência do consentimento previsto no caput deste artigo para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos nesta Lei.

§ 5º O controlador que obteve o consentimento referido no inciso I do caput deste artigo que necessitar comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores deverá obter consentimento específico do titular para esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento previstas nesta Lei.

> § 6º A eventual dispensa da exigência do consentimento não desobriga os agentes de tratamento das demais obrigações previstas nesta Lei, especialmente da observância dos princípios gerais e da garantia dos direitos do titular.
>
> § 7º O tratamento posterior dos dados pessoais a que se referem os §§ 3º e 4º deste artigo poderá ser realizado para novas finalidades, desde que observados os propósitos legítimos e específicos para o novo tratamento e a preservação dos direitos do titular, assim como os fundamentos e os princípios previstos nesta Lei. (Incluído pela Lei n. 13.853, de 2019) Vigência

Caio César Carvalho Lima, na mesma obra, *Lei geral de proteção de dados comentada*, ressalta a inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário nas hipóteses em que os dados pessoais possam servir como elemento para o exercício de direitos em demandas em geral (judiciais, administrativos e arbitrais).

Assim, a LGPD não exclui a possibilidade da quebra de sigilo.

Ao contrário, apresenta regras sobre tal ocorrência, que, no caso, , *revelam-se possíveis, considerando as espécies de dados, a finalidade da quebra e o contexto em que apresentados*.

Por fim, a prestação das informações pelas respectivas concessionárias de serviço público (provedores de conexão com a internet) deverá observar estritamente ao regramento previsto pela lei referida, nos termos dos arts. 23 e seguintes.

> Art. 23. O tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que:
>
> I - sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos;
>
> II - (*Vetado*); e
>
> III - seja indicado um encarregado quando realizarem operações de tratamento de dados pessoais, nos termos do art. 39 desta Lei.
>
> III - seja indicado um encarregado quando realizarem operações de tratamento de dados pessoais, nos termos do art. 39 desta Lei; e (Redação dada pela Lei n. 13.853, de 2019) Vigência

IV - (*Vetado*). (Incluído pela Lei n. 13.853, de 2019) Vigência

§ 1º A autoridade nacional poderá dispor sobre as formas de publicidade das operações de tratamento.

§ 2º O disposto nesta Lei não dispensa as pessoas jurídicas mencionadas no caput deste artigo de instituir as autoridades de que trata a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação).

§ 3º Os prazos e procedimentos para exercício dos direitos do titular perante o Poder Público observarão o disposto em legislação específica, em especial as disposições constantes da Lei n. 9.507, de 12 de novembro de 1997 (Lei do Habeas Data), da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei Geral do Processo Administrativo), e da Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação).

[...]

Art. 24. As empresas públicas e as sociedades de economia mista que atuam em regime de concorrência, sujeitas ao disposto no art. 173 da Constituição Federal, terão o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito privado particulares, nos termos desta Lei.

Parágrafo único. As empresas públicas e as sociedades de economia mista, quando estiverem operacionalizando políticas públicas e no âmbito da execução delas, terão o mesmo tratamento dispensado aos órgãos e às entidades do Poder Público, nos termos deste Capítulo.

Art. 25. Os dados deverão ser mantidos em formato interoperável e estruturado para o uso compartilhado, com vistas à execução de políticas públicas, à prestação de serviços públicos, à descentralização da atividade pública e à disseminação e ao acesso das informações pelo público em geral.

Art. 26. O uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º desta Lei.

§ 1º É vedado ao Poder Público transferir a entidades privadas dados pessoais constantes de bases de dados a que tenha acesso, exceto:

I - em casos de execução descentralizada de atividade pública que exija a transferência, exclusivamente para esse fim específico e determinado, observado o disposto na Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação);

II - (*Vetado*);

III - nos casos em que os dados forem acessíveis publicamente, observadas as disposições desta Lei.

7. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para possibilitar a obtenção dos dados cadastrais dos usuários dos serviços de internet, determinando a expedição de ofícios às operadoras de conexão para que apresentem – na medida do possível, considerando os dados apontados pela sentença –, em prazo razoável de 10 dias, o fornecimento dos elementos cadastrais (restritos à declinação de dados pessoais, como nome, endereço, RG, CPF) dos usuários responsáveis pelas postagens cuja remoção tenha sido determinada pelas instâncias ordinárias (fls. 384-386).

É como 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