AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 627.437 - RJ (2014/0308180-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE	:	LEADERBANK CONSULTORIA DE INVESTIMENTOS LTDA
AGRAVANTE	:	ALMIR MAESTRI
AGRAVANTE	:	JORGE ELIAS BITTAR FILHO
AGRAVANTE	:	MARCIO MULLER
AGRAVANTE	:	TRADE CENTER ASSESSORIA DE INVESTIMENTOS LTDA
ADVOGADOS	:	JOÃO ROBERTO SANTOS REGNIER E OUTRO(S) - PR007812
		ALEXANDRE MEDEIROS RÉGNIER - PR024542
AGRAVADO	:	COMISSAO DE VALORES MOBILIARIOS
REPR. POR	:	PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de agravo fundado no CPC/73, interposto por **Leaderbank Consultoria de Investimentos Ltda e outros**, desafiando decisão denegatória de admissibilidade a recurso especial, este interposto com base no art. 105, III, *a*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim ementado (fl. 2.124):

> *ADMINISTRATIVO. CVM. APLICAÇÃO DE MULTA APÓS REGULAR PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEGALIDADE.*
> *I - Inicialmente, cumpre destacar, quanto á petição protocolada pela Parte Autora após os autos terem sido incluídos em pauta de julgamento e após, portanto, o recebimento de seu Apelo, bem como o oferecimento das contrarrazões, que não merece conhecimento as alegações lá contidas. E isto porque seu objeto deveria ter sido argüido em momento oportuno, em virtude do instituto da preclusão consumativa.*
> *II - Cinge-se a discussão à caracterização de atuação irregular dos Autores junto ao mercado de valores mobiliários, a partir da configuração de condutas não equitativas de mercado, pelas quais houve a aplicação da multa pecuniária.*
> *III - A celeuma gira em torno das penalidades sofridas, uma vez que sustentam os Autores que não incorreram em qualquer prática não equitativa de mercado, sendo a decisão administrativa ofensiva aos princípios da legalidade e da proporcionalidade.*
> *IV - Entende-se, todavia, que os atos praticados pela CVM*

> *encontram amparo legal, dispostos pela Lei n° 6.385/76, que cuida do mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários e sua atuação corresponde a seu poder de polícia administrativa, plenamente legitimado pela referida Lei.*
> *V - No caso em tela, o poder discricionário da Administração está na oportunidade e conveniência em proceder às investigações sobre a prática de atividades irregulares no mercado de capitais, bem como em aplicar as medidas necessárias. Assim sendo, torna-se vedado ao Judiciário substituir-se à Administração na apreciação do mérito do ato, devendo ser respeitado, como antes dito. a oportunidade e conveniência, conferida ao Administrador que, no presente caso, foram exercidas em sede da atividade estatal de policia administrativa.*
> *VI - Por outro lado, em se tratando de ato discricionário, o Judiciário, quando provocado, deve pronunciar-se examinando, tão-somente, os aspectos da legalidade e motivação, onde estará o ato passível de invalidação pelo Poder Judiciário.*
> *VII - Posto isso, observa-se a ausência de qualquer ilegalidade no ato administrativo ora questionado. E, aliado ao fato de que a Parte Autora não conseguiu infirmar a presunção de legitimidade que impregna todo ato administração, deve-se concluir, assim, pela improcedência do pedido deduzido na petição inicial.*
> *VIII - Apelação da Parte Autora improvida.*

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados ante a inexistência dos vícios elencados no art. 535 do CPC/73 (fls. 2.150/2.154).

A parte recorrente aponta violação aos arts. 219, § 5º, 332 e 535, II, do CPC/73; 193 do Código Civil; 1º e 1º-A da Lei 9.873/99; 3º, 4º, 11, 16 e 21 da Lei 6.385/76; 38, § 1º, da Lei 9.784/99; 1º do Decreto 2.848/40; e 5º, II e XXXIX, e 37, *caput*, da Constituição Federal, bem como ao Decreto 20.910/32 e às Instruções Normativas CVM 8/79 e 42/85.

Para tanto, sustenta, em resumo, que: **(I)** a despeito dos embargos de declaração, o Tribunal *a quo* remanesceu omisso acerca das questões neles suscitadas; **(II)** a prescrição é matéria de ordem pública e pode ser arguida a qualquer tempo, não tendo ocorrido a preclusão consumativa; **(III)** ocorreu a prescrição para a cobrança das multas administrativas; e **(IV)** não houve a prática da conduta infracional imputada à empresa recorrente; **(V)** *"a fiscalização do mercado financeiro e de capitais, no que*

tange a 'práticas eqüitativas ou não eqüitativas no mercado de valores mobiliários', continuará a ser exercida pelo Banco Central do Brasil e não pela CVM" (fl. 2.363); **(VI)** não pode ser imposta multa por conduta prevista apenas em norma infralegal; **(VII)** o ato administrativo de julgamento e de imposição de penalidade não possui legitimidade; e **(VIII)** as multas foram fixadas em valores excessivos.

É o relatório.

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

Feita essa observação, verifica-se que a pretensão recursal merece acolhida quanto à alegada negativa de prestação jurisdicional, pois a parte recorrente, nas razões dos embargos de declaração e do recurso especial, alega a ocorrência da prescrição para a cobrança das multas administrativas.

Cabe ressaltar que a questão suscitada é matéria de ordem pública e, nos termos da jurisprudência deste Sodalício, pode ser arguida a qualquer tempo nas instâncias ordinárias, não podendo o Tribunal local abster-se de examiná-la. Nesse vértice, vejam-se:

> *PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DECADÊNCIA ARGUIDA NAS RAZÕES DA APELAÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO. JUNTADA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL APENAS COM A INTERPOSIÇÃO DA APELAÇÃO. PRODUÇÃO DA PROVA DOCUMENTAL DE MODO EXTEMPORÂNEO. INADMISSIBILIDADE.*
> *1. **A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que as matérias de ordem pública, tais como prescrição e decadência, nas instâncias ordinárias, podem ser reconhecidas a qualquer tempo, não estando sujeitas à preclusão.** [...]*
> *6. Recurso Especial parcialmente provido.*
> (**REsp 1.721.191/MG**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN,

SEGUNDA TURMA, julgado em 1/3/2018, DJe 2/8/2018)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. "AÇÃO ESTIMATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS". PARCIAL PROCEDÊNCIA. APELO NOBRE. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS DE LEI FEDERAL. FALTA PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211 DO STJ. PRAZO DECADENCIAL. SUSPENSÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRECEDENTES. SÚMULA Nº 83 DO STJ. [...]
2. Incide a Súmula nº 211 do STJ quando os dispositivos de lei invocados no apelo nobre não foram debatidos no acórdão recorrido, apesar de opostos embargos de declaração a fim de suscitar os temas neles contidos na instância a quo. Caberia à parte, nas razões do seu especial, alegar a violação do art. 535 do CPC/73 a fim de que esta Corte pudesse averiguar a existência de possível omissão no julgado, o que não foi feito.
3. ***A jurisprudência firmou-se no sentido de que as matérias de ordem pública, tais como prescrição e decadência, nas instâncias ordinárias, podem ser reconhecidas a qualquer tempo, ainda que alegadas em embargos de declaração, não estando sujeitas a preclusão.*** *Incidência da Súmula nº 83 do STJ.*
4. Agravo regimental não provido.
(**AgRg no AREsp 686.634/DF**, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 4/8/2016, DJe 9/8/2016)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO APRESENTADA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA ORIGEM. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II DO CPC CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL A QUO SOBRE A PRESCRIÇÃO, QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA QUE PODE SER SUSCITADA EM QUALQUER GRAU ORDINÁRIO DE JURISDIÇÃO, NÃO ESTANDO SUJEITA À PRECLUSÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO
1. É assente na jurisprudência pacificada desta eg. Corte que a prescrição, por se tratar de questão de ordem pública, pode ser suscitada em qualquer grau de jurisdição, não estando sujeita à preclusão (EDcl no AREsp. 99.533/PR, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, DJe 29.06.2012)
2. O Tribunal local, ao afastar a alegação de omissão suscitada pela parte agravada em Embargos Declaratórios, não abordou a questão da prescrição, ofendendo, com isso, o art. 535, II do Código de Processo Civil.

> *3. Agravo Regimental do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL desprovido.*
> (**AgRg no AREsp 62.232/RS**, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/4/2014, DJe 22/5/2014)

Contudo, o Tribunal de origem, não obstante instado a se manifestar, quedou-se silente sobre tal argumentação, rejeitando os pertinentes aclaratórios dos ora recorrentes, incorrendo em franca violação ao art. 535 do CPC/73, porquanto não prestada a jurisdição de forma integral.

A propósito:

> *PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. OCORRÊNCIA. RETORNO DOS AUTOS À CORTE DE ORIGEM.*
> *1. É firme o entendimento do STJ de que, "tratando-se de questão relevante para o deslinde da causa, a ausência de manifestação sobre ela caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC/1973. Verificada tal ofensa, em sede de recurso especial, impõe-se a anulação do acórdão proferido em sede de embargos de declaração, para que seja proferido novo julgamento suprindo tal omissão" (AgInt no AREsp 868.604/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/09/2016).*
> *2. Caso concreto em que o Tribunal de origem, mesmo provocado em sede de embargos declaratórios, quedou silente sobre argumentação que se mostra relevante para a solução da controvérsia, em franca violação ao art. 1.022 do CPC/2015.*
> *3. Agravo interno não provido.*
> (**AgInt no REsp 1.650.218/AL**, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/9/2018, DJe 9/10/2018)
>
> *PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ADESÃO AO PROGRAMA DE PARCELAMENTO INSTITUÍDO PELA LEI 17.082/2012, DO ESTADO DO PARANÁ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. OMISSÃO CONFIGURADA. TRIBUNAL QUE DEIXA DE SE MANIFESTAR SOBRE AS ALEGAÇÕES DO RECORRENTE, NOTADAMENTE EM RELAÇÃO AO FATO DE O ACORDO FISCAL CONTEMPLAR HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO IMPORTE DE 1% DO*

VALOR DO DÉBITO. PROVIMENTO DO APELO NOBRE PARA ANULAR O ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO INTERNO DO ESTADO DO PARANÁ A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Apresentados Embargos de Declaração, solicitando expressamente a manifestação do Colegiado sobre fato superveniente à propositura da ação, atinente à adesão do Contribuinte ao programa de parcelamento da dívida tributária previsto na Lei 17.082/2012, do Estado do Paraná, que dispõe sobre a verba honorária da Fazenda Pública do Estado do Paraná no montante de 1% sobre o valor atualizado destes débitos, cabia ao Tribunal de origem analisá-lo. Entretanto, não tendo o Tribunal sequer feito referência a essas alegações, de fato, houve negativa de prestação jurisdicional, o que resulta na necessidade de anulação da decisão.

2. Assim, pelo fato de ter o acórdão recorrido deixado de analisar relevante fundamento para a solução da controvérsia, inviabilizando o conhecimento do Apelo Especial por ausência de prequestionamento, e tendo a parte recorrente alegado negativa de prestação jurisdicional, merece prosperar o Recurso Especial para anular o acórdão proferido nos Embargos de Declaração, determinando o retorno dos autos ao Tribunal Paranaense, para que analise as questões omissas.

3. Agravo Interno do Estado do Paraná a que se nega provimento.

(**AgInt no REsp 1.387.673/PR**, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/2/2018, DJe 7/3/2018)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA TRIBUTÁRIA. ALEGATIVA DE EXISTÊNCIA DE DOCUMENTOS QUE COMPROVAM PAGAMENTO PARCIAL A ATRAIR A INCIDÊNCIA DO ART. 150, § 4º, DO CTN. QUESTÃO JURÍDICA RELEVANTE. ACÓRDÃO RECORRIDO. OMISSÃO. NULIDADE.

1. A respeito da controvérsia ora em debate, o Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão de que a decadência tributária, na hipótese de pagamento parcial do tributo sujeito a lançamento por homologação, tem início com a ocorrência do fato gerador. Precedentes: AgRg no AREsp 706.556/MG, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, julgado em 19/4/2016, DJe 27/4/2016; AgRg no AREsp 132.784/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 15/3/2016, DJe 1º/4/2016).

2. Na espécie, assiste razão à parte recorrente no ponto em que sustenta violação do art. 535, II, do CPC, pois uma análise

> *detida das decisões proferidas pelo Tribunal de origem, em cotejo com os recursos do contribuinte, revela que houve omissão no acórdão recorrido quanto à alegativa de que há informações constantes dos autos que seriam relevantes ao deslinde da controvérsia, notadamente aquelas que comprovariam a existência de pagamento parcial do tributo a atrair a orientação jurisprudencial pacificada no STJ no sentido de que a decadência tributária, nessas hipóteses, tem início com a ocorrência do fato gerador, e não a partir do primeiro dia do exercício seguinte.*
> *3. Não havendo o Tribunal a quo se pronunciado a respeito dessas alegativas, caracteriza-se afronta ao art. 535 do CPC, impondo-se a anulação da decisão proferida nos embargos, a fim de que outra seja proferida com apreciação da questão.*
> *4. Recurso especial provido para anular o acórdão dos embargos de declaração, determinando o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que se manifeste, expressamente, a respeito do quanto alegado em sede declaratória.*
> (**REsp 1.633.154/SP**, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 5/12/2017)

Dessarte, diante do acolhimento da preliminar por negativa de prestação jurisdicional, fica prejudicada a análise dos demais pedidos recursais.

Ante o exposto, **dou provimento ao agravo para conhecer do recurso especial** por afronta ao art. 535 do CPC/73, e **dar-lhe provimento**, para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que seja realizado novo julgamento dos embargos declaratórios, desta feita com o expresso enfrentamento da questão omitida (análise da prescrição).

Publique-se.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2019.

MINISTRO **SÉRGIO KUKINA**
Relator