



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.217.526 - SC (2010/0186112-8)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
RECORRENTE : CARBAJAL FARIAS SILVESTRIN
ADVOGADO : LEANDRO DA SILVA COSTA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : VITOR ANTÔNIO MELILLO E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. DIÁRIAS DE DESLOCAMENTO. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO. ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBE AO AUTOR. ART. 333, I, DO CPC. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA NOS MOLDES LEGAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. O ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, conforme prevê o art. 333, I, do CPC.
2. Na espécie, o recorrente não se desincumbiu do ônus comprobatório do seu direito, ou seja, não demonstrou nos autos que é devida a diferença das diárias de deslocamento. Além disso, o Tribunal de origem expressamente consignou que não há elementos suficientes capazes de inverter o ônus da prova, razão pela qual confirmou a sentença de improcedência do pedido.
3. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada nos moldes encartados pelo § 2º do art. 255 do RISTJ, bem como o parágrafo único do art. 541 do CPC, sob pena de não conhecimento.
4. A revisão do critério de justiça e razoabilidade utilizado pelas intâncias ordinárias para fixação dos honorários advocatícios atrai a incidência da Súmula 7/STJ.
5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2010.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.217.526 - SC (2010/0186112-8)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
RECORRENTE : CARBAJAL FARIAS SILVESTRIN
ADVOGADO : LEANDRO DA SILVA COSTA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : VITOR ANTÔNIO MELILLO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): Em exame recurso especial interposto por Carbajal Farias Silvestrin, com esteio no art. 105, III, 'a' e 'c', da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo TJSC, assim ementado:

SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. COBRANÇA DE DIFERENÇAS DE DIÁRIAS. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO NÃO DEMONSTRADO. PRETENDIDA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INVIABILIDADE NA HIPÓTESE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR ADEQUADAMENTE FIXADO. RECURSO DO AUTOR DESPROVIDO.

Nas razões recursais, o recorrente aponta violação dos arts. 21 e 333, I, do CPC. Suscita divergência jurisprudencial, alegando, em síntese, que deve ser invertido o ônus da prova, tendo em vista que os documentos comprobatórios de seu direito estarem em poder do Estado. Pugna pela redução dos honorários advocatícios.

Contra-razões às fls. 89/94 e crivo positivo de admissibilidade para o recurso especial às fls. 99/100.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.217.526 - SC (2010/0186112-8)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. DIÁRIAS DE DESLOCAMENTO. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO. ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBE AO AUTOR. ART. 333, I, DO CPC. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA NOS MOLDES LEGAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. O ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, conforme prevê o art. 333, I, do CPC.
2. Na espécie, o recorrente não se desincumbiu do ônus comprobatório do seu direito, ou seja, não demonstrou nos autos que é devida a diferença das diárias de deslocamento. Além disso, o Tribunal de origem expressamente consignou que não há elementos suficientes capazes de inverter o ônus da prova, razão pela qual confirmou a sentença de improcedência do pedido.
3. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada nos moldes encartados pelo § 2º do art. 255 do RISTJ, bem como o parágrafo único do art. 541 do CPC, sob pena de não conhecimento.
4. A revisão do critério de justiça e razoabilidade utilizado pelas intâncias ordinárias para fixação dos honorários advocatícios atrai a incidência da Súmula 7/STJ.
5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): A irresignação não prospera.

Versam os autos sobre ação de cobrança proposta pelo recorrente objetivando o "pagamento de diferença remanescente de 1/2 (meia) diária de deslocamento, quando deveria ser pago o valor correspondente a 1 (uma) diária integral, à razão de 3 diárias por mês, no período posterior à janeiro de 2003".

A ação foi julgada improcedente, o que foi posteriormente confirmado pelo Tribunal estadual, tendo em vista a falta de elementos capazes de impôr a inversão do ônus da prova em desfavor do Estado.

Sabe-se que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, conforme prevê o art. 333, I, do CPC.

Nesse sentido, perfilha a jurisprudência desta Corte:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ENERGIA ELÉTRICA. TARIFA. MAJORAÇÃO. CONGELAMENTO DE PREÇOS. PORTARIAS DNAEE 38 E 45/86. RESTITUIÇÃO. APRESENTAÇÃO DE TODAS AS FATURAS DE ENERGIA ELÉTRICA. ÔNUS DA PROVA DO AUTOR DA DEMANDA.

1. Hipótese de ação de repetição de indébito ajuizada por consumidor industrial na qual se postula a devolução de tarifas indevidamente majoradas pelas Portarias DNAEE 38 e 45/86. Discute-se a necessidade da juntada das faturas referentes aos valores pleiteados ainda no curso do processo de conhecimento ou a possibilidade de sua postergação para a fase de liquidação da sentença.
2. É entendimento desta Corte que cabe à autora da demanda a demonstração dos fatos constitutivos de seu direito, ainda no curso do processo de conhecimento, ficando postergada para a fase de liquidação da sentença tão somente a apuração dos valores devidos. Precedentes.
3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no REsp 1.171.077/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 30/08/2010).

AGRAVO REGIMENTAL. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 131 E 458 DO CPC. SÚMULA N. 7/STJ. CONTRARIEDADE AO ART. 364 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 333 DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO.

1. Incide a Súmula n. 7 do STJ na hipótese em que a tese versada no recurso especial reclama a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda.
2. O parecer extrajudicial, por si só e pelo simples fato de emanar de órgão público, não faz prova absoluta dos fatos nele declarados.
3. Cabe aos autores o ônus da prova do fato constitutivo do direito e compete à ré constituir prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito reclamado.
4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 908.829/MS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 29/03/2010).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. ÔNUS DA PROVA. ART. 333, I, DO CPC. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Nos termos do art. 333, I, do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito.
2. A decisão pela necessidade da produção de prova é faculdade do magistrado, a quem caberá avaliar se há nos autos elementos e provas suficientes para formar sua convicção.
3. Rever o entendimento do Tribunal de origem, de que a agravante não produziu a prova que lhe competia, demanda, como regra, reexame do conjunto fático-probatório dos autos, obstado nos termos da Súmula 7/STJ.
4. Agravo Regimental não provido. (AgRg no Ag 1.172.610/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 11/12/2009).

DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESPEJO. LOCAÇÃO VERBAL. EXISTÊNCIA. ÔNUS DA PROVA DO AUTOR. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE JULGA PROCEDENTE A AÇÃO COM BASE NA SIMPLES ALEGAÇÃO DO AUTOR. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. Compete ao autor comprovar o fato constitutivo do seu direito. Inteligência do art. 333, I, do CPC.
2. A doutrina e a jurisprudência se posicionam de forma favorável à "prova emprestada", não havendo suscitar nenhuma nulidade quando respeitado o contraditório e a ampla defesa no âmbito do processo anterior.
3. Hipótese em que o Tribunal de origem não decidiu a controvérsia com base em "prova emprestada" da anterior ação reivindicatória ajuizada em desfavor da recorrente, mas única e exclusivamente nas alegações da parte autora deduzidas no referido processo, acerca das quais não foi produzida nenhuma prova.
4. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 925.223/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 02/02/2009).

PROCESSUAL CIVIL – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC – TRIBUTÁRIO – IRRF – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – APRESENTAÇÃO DAS DECLARAÇÕES DE AJUSTE – ÔNUS DA PROVA – ART. 333, II, DO CPC.

1. Inexistente a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido.
 2. Quanto à questão da comprovação da retenção indevida de imposto de renda sobre as verbas indenizatórias recebidas pelos contribuintes, o art. 333, I e II, do CPC dispõe que compete ao autor fazer prova constitutiva de seu direito; e ao réu, prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.
 3. A juntada das declarações de ajuste, para fins de verificação de eventual compensação, não estabelece fato constitutivo do direito dos autores, ao contrário, perfazem fato extintivo do seu direito, cuja comprovação é única e exclusivamente da Fazenda Nacional.
- Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 962.404/SC, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 16/10/2007, p. 366).

Na espécie, o Tribunal de origem entendeu aplicável o referido dispositivo legal à hipótese, uma vez que incumbia ao autor a prova do direito reclamado, ou seja, o recebimento das diárias pleiteadas em sua integralidade. Pontuou, ademais, que não era o caso de inversão do ônus da prova, porquanto não há nos autos o mínimo de indícios suficientes para impôr ao Estado a responsabilidade probatória. Ao contrário, asseverou que a própria legislação local, por meio do Decreto n. 133/1999, prevê que o servidor que perceber diárias deverá "prestar contas e apresentar relatório, por escrito, anexando os documentos comprobatórios das despesas, em até 3 (três) dias do seu retorno", o que não foi observado pelo autor, ao menos não foi demonstrado nos autos.

Confira-se, por oportuno, excerto do voto condutor transcrito a seguir, que bem elucida a questão (fls. 69/70):

[...] Ora, *in casu*, o Estado limitou-se a alegar que o autor não comprovou o fato constitutivo do seu direito. Destarte, "*não há falar em inversão do ônus da*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prova, eis que o réu suporta o onus probandi quanto a fato impeditivo, *modificativo ou extintivo do direito do autor*" (Ap. Cív. n. 2005.032018-9, rel. Des. Volnei Carlin).

Não bastasse, mesmo que se admitisse a inversão do *onus probandi*, tal qual estabelecido para as relações consumeristas, era indispensável um mínimo de atividade probante capaz de dar credibilidade às alegações do autor.

Todavia, além de não especificar os dias em que os supostos deslocamentos ocorreram, o recorrente limitou-se a juntar, com a inicial, o instrumento procuratório (fl. 7), a declaração de hipossuficiência (fl. 8) e um demonstrativo de pagamento do mês de setembro/2006 (fl. 9), que em nada contribui para o deslinde do feito.

Com efeito, não há nos autos nem um início de prova dos deslocamentos noticiados e de que o autor teria permanecido fora da sua sede funcional por período superior a 12 horas por ocasião daqueles. Aliás, o apelante não comprova sequer o pagamento das 3 meias diárias mensais que alega ter recebido a partir de 2003.

E não cabe aqui argumentar que apenas o Estado é detentor dessas informações, pois, segundo preceitua o art. 14 do Decreto n. 133/1999: "O pagamento de diárias deverá ser publicado no Diário Oficial do Estado até 60 (sessenta) dias após a sua concessão, mediante relatório assinado pelo dirigente do órgão, do qual constará o nome do beneficiário, o valor pago e o motivo do *deslocamento*".

Demais, conforme o art. 8º do mesmo diploma, "*em qualquer hipótese [incluída, aqui, a da diária integral] não será devido o pagamento de diárias quando o deslocamento não exigir do servidor a realização de gastos com deslocamento, alimentação e pousada*".

Assim, mesmo que demonstrado o deslocamento por tempo superior a 12 horas, tal fato não dispensaria o servidor da necessária comprovação dos gastos realizados para fins de pagamento das diferenças pretendidas. É o que se infere da conjugação do art. 8º referido com os arts. 12 e 13, *in verbis*:

"Art. 12. O servidor deverá prestar contas e apresentar relatório, por escrito, anexando os documentos comprobatórios das despesas, em até 3 (três) dias do seu retorno".

Art. 13. Serão restituídas, pelo servidor, em 3 (três) dias, contados da data do retorno à sede de serviço, as diárias recebidas em excesso.

Parágrafo único. Quando, por qualquer circunstância, não ocorrer o afastamento, o servidor restituirá as diárias em sua totalidade e no mesmo prazo estabelecido no "caput" deste artigo, a contar da data em que deveria ter viajado".

Ora, se para efeitos da concessão das meias diárias supostamente percebidas, o autor, presume-se, logrou comprovar as despesas realizadas, não há transferir o ônus probatório ao Estado na presente ação. E, não estando suficientemente demonstrado o fato que autorizaria o acolhimento do pedido inicial, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Diante desse contexto, vê-se que não merece reprimendas o entendimento sufragado pelo Tribunal de origem, que está alinhado com a orientação jurisprudencial do STJ sobre a matéria no sentido de que cabe ao autor o ônus da prova dos fatos constitutivos de seu direito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ressalte-se que a revisão de tal posicionamento - de modo a aferir a existência de subsídios fático-probatórios hábeis à inverter o encargo probatório - não é possível nesta via especial, em virtude da incidência da Súmula 7/STJ.

No que tange à divergência invocada, o apelo nobre não ultrapassa a barreira do conhecimento.

Do exame dos autos, verifica-se que o recorrente não atendeu o disposto no § 2º do art. 255 do RISTJ, bem como o parágrafo único do art. 541 do CPC.

Não houve a demonstração da exata similitude fático-jurídica entre os acórdãos tidos por divergentes, o que se afigura indispensável para a admissão do apelo especial.

Limitou-se o recorrente a transcrever as ementas de acórdãos, sem, no entanto, demonstrar que o aresto recorrido e os julgados colacionados possuem as mesmas peculiaridades, a ponto de reclamarem a aplicação da mesma tese jurídica.

Aliás, não houve sequer o cotejo analítico entre os casos confrontados, requisito inarredável para o conhecimento do apelo extremo pela alínea “c”, o que configurou a desobediência aos ditames estabelecidos no § 2º do art. 255 do RISTJ, bem como o parágrafo único do art. 541 do CPC.

A propósito:

É inviável a apreciação de recurso especial interposto com fundamento na alínea c do permissivo constitucional quando a demonstração da divergência jurisprudencial não restar plenamente comprovada. (REsp 648.896/SP, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 11.06.2007, p. 264).

Por fim, em relação aos honorários advocatícios, melhor sorte não socorre o insurgente.

É que esta Corte adota entendimento no sentido de não ser possível, por meio de recurso especial, a revisão do critério de justiça e razoabilidade utilizado pelas instâncias ordinárias para fixação da verba advocatícia, por depender tal providência da reapreciação dos elementos fático-probatórios do caso concreto.

Excetuadas as hipóteses em que o valor afigura-se manifestamente ínfimo ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exorbitante, o que não se verifica na espécie, a majoração ou redução dos honorários advocatícios atrai a incidência da Súmula 7/STJ.

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial e, nesta parte, NEGO-LHE PROVIMENTO.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2010/0186112-8

REsp 1.217.526 / SC

Números Origem: 20080626372000100 23071453248

PAUTA: 07/12/2010

JULGADO: 07/12/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CARBAJAL FARIAS SILVESTRE
ADVOGADO : LEANDRO DA SILVA COSTA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : VITOR ANTÔNIO MELILLO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Servidor Público Civil - Sistema Remuneratório e Benefícios - Diárias e Outras Indenizações

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 07 de dezembro de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária