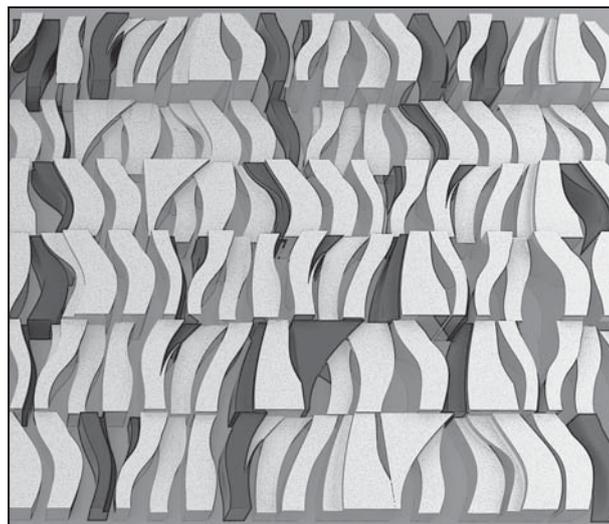


REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

VOLUME 262

ANO 33

ABRIL/MAIO/JUNHO 2021

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
MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Diretor

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

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 Andrichi**
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** Luiz **Kukina** (*Ouvidor*)
Ministro Paulo Dias de **Moura Ribeiro**
Ministra **Regina Helena Costa**
Ministro **Rogério 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**

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

Ministro **Benedito Gonçalves** (*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***

* Desembargador Convocado

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

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

Ministro **Francisco Falcão**

Ministro **Og Fernandes**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

Ministra **Assusete Magalhães**

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

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

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

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

Ministra **Nancy Andrichi**

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 **Marco Buzzi** (*Presidente*)

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Raul Araújo**

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

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**

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

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro** (*Presidente*)

Ministra **Laurita Vaz**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

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 **Rogério Schietti Cruz**

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

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

Ministro **Humberto Martins** (*Presidente*)

Ministro **Jorge Mussi** (*Vice-Presidente e Corregedor-Geral da Justiça Federal*)

Membros Efetivos

Ministro **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Marco Buzzi**

Membros Suplentes

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

Ministra **Assusete Magalhães**

Ministro **Sérgio Kukina**

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS - ENFAM

Ministro **Og Fernandes** (*Diretor-Geral*)

Ministro **Mauro Campbell Marques** (*Vice-Diretor*)

Ministro **Jorge Mussi** (*Diretor do CEJ/CJF*)

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Raul Araújo**

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Ministro **Luis Felipe Salomão** (*Corregedor-Geral*)

Ministro **Mauro Campbell Marques** (*Efetivo*)

Ministro **Benedito Gonçalves** (*1º Substituto*)

Ministro **Raul Araújo** (*2º Substituto*)



SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA

TOMO 1

| | |
|---|------------|
| CORTE ESPECIAL | 21 |
| AgInt na SS n. 3.295 - DF - Rel. Min. Humberto Martins | 23 |
| Lesão ao interesse público - Comprovação - Necessidade - Energia elétrica - Regulação - Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel). | |
| AgInt nos EDcl na SLS n. 2.814 - SP - Rel. Min. Humberto Martins..... | 33 |
| Licitação - Anulação - Impossibilidade - Lesão à Ordem Pública - Não configuração - Serviço funerário - Serviço público retomado pelo Município. | |
| EAREsp n. 1.663.952 - RJ - Rel. Min. Raul Araújo | 40 |
| Intimação em duplicidade - Lei n. 11.4199/2006 - Portal eletrônico - Prevalência. | |
| PRIMEIRA SEÇÃO | 121 |
| EDcl no REsp n. 1.807.665 - SC - Rel. p/ o acórdão Min. Og Fernandes..... | 123 |
| Embargos de declaração - Acolhimento - Contradição entre a tese firmada e a redação - Ocorrência - Inovação do julgamento - Não ocorrência.. | |
| EDv nos EAREsp n. 1.109.354 - SP - Rel. Min. Gurgel de Faria | 157 |
| Programa de Integração Social (PIS) - Creditamento - Regime Monofásico - Revenda de mercadorias. | |
| MS n. 21.712 - DF - Rel. Min. Assusete Magalhães..... | 199 |
| Ministro do Trabalho e Emprego - Ilegitimidade passiva ad causam - Cadastro de empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo. | |
| REsp n. 1.847.731 - RS - Rel. Min. Manoel Erhardt | 224 |
| (Desembargador Convocado do TRF-5ª Região) | |
| Honorários advocatícios - Benefício previdenciário recebido administrativamente. | |

PRIMEIRA TURMA 233

| | |
|---|-----|
| REsp n. 1.393.722 - SC - Rel. Min. Benedito Gonçalves..... | 235 |
| Terreno de Marinha - Demarcação - Registro imobiliário - Oponibilidade. | |
| REsp n. 1.404.141 - PE - Rel. Min. Sérgio Kukina..... | 241 |
| Certidão positiva de débitos com efeito de negativa - Município - Câmara Municipal - Débito - Fazenda Nacional - Princípio da intranscendência. | |
| REsp n. 1.452.963 - SC - Rel. Min. Gurgel de Faria | 246 |
| Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) - Fato gerador - Incidência - Adiantamento sobre contrato de câmbio (ACC). | |
| REsp n. 1.641.107 - PA - Rel. Min. Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF-5ª Região) | 257 |
| Ação civil pública - Aproveitamento hidroelétrico - Matéria constitucional. | |
| REsp n. 1.699.663 - RN - Rel. Min. Regina Helena Costa..... | 305 |
| Pensão por morte - Beneficiário - Dependência econômica - Comprovação - Necessidade. | |
| REsp n. 1.725.452 - RS - Rel. p/ o acórdão Min. Regina Helena Costa | 315 |
| Programa de Integração Social (PIS) - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) - Princípio da segurança jurídica - Súmula n.544-STF - Varejista - Alíquota zero. | |
| REsp n. 1.844.316 - DF - Rel. Min. Benedito Gonçalves | 365 |
| Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Creditamento - Possibilidade - CTN, art.166 - Querosene de aviação. | |
| REsp n. 1.932.864 - SP - Rel. Min. Sérgio Kukina | 375 |
| Pena de perdimento do bem - Importação de aeronave - Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) Suspensão do recolhimento. | |

SEGUNDA TURMA 395

| | |
|--|-----|
| AREsp n. 1.471.958 - RS - Rel. Min. Assusete Magalhães | 397 |
| Crédito tributário - Decadência - Creditamento indevido - CTN, art.173. | |
| REsp n. 1.472.761 - PR - Rel. Min. Mauro Campbell Marques | 413 |
| Imposto de Renda (IR) Denúncia espontânea - [1] 9.430/1996, art. 47 - Multa de ofício - Afastamento. | |

| | |
|---|-----|
| REsp n. 1.761.059 - SP - Rel. Min. Mauro Campbell Marques..... | 434 |
| Julgado - Anulação - Instância de origem - Não apreciação de tese imprescindível - Prestação jurisdicional - Não ocorrência. | |
| REsp n. 1.868.072 - RS - Rel. Min. Francisco Falcão | 447 |
| Apelação não unânime - Técnica de ampliação do colegiado - Incidência. | |
| REsp n. 1.885.365 - PA - Rel. Min. Og Fernandes | 456 |
| Ação rescisória - Decadência - Termo inicial. | |
| REsp n. 1.927.701 - BA - Rel. Min. Francisco Falcão..... | 471 |
| Contrato de repasse com União - Ação social - Não configuração - Sinalização turística - Implantação - Impossibilidade. | |

SEGUNDA SEÇÃO 481

| | |
|--|-----|
| AR n. 4.797 - MG - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti | 483 |
| Incompetência - Decisão rescindenda - Mérito - Não apreciação - Superior Tribunal de Justiça (STJ). | |
| REsp n. 1.794.209 - SP - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva..... | 516 |
| Recuperação Judicial - Coobrigados - Novação - Extensão - Impossibilidade - Plano de Recuperação. | |
| REsp n. 1.818.564 - DF - Rel. Min. Moura Ribeiro | 594 |
| Possibilidade - Processo de Regularização urbanística - Pendência. | |

TOMO 2

TERCEIRA TURMA 633

| | |
|--|-----|
| REsp n. 1.699.855 - RS- Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze..... | 635 |
| Arbitragem - Construção de usina hidrelétrica - Contrato verbal superveniente - Empreitada - Remuneração. | |
| REsp n. 1.725.736 - CE- Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino..... | 659 |
| Ação de obrigação de fazer - Autor - Falecimento - Restituição de valores - Impossibilidade - Saúde complementar - Tutela antecipada - Revogação. | |
| REsp n. 1.758.946 - SP- Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze | 671 |
| Ação de reintegração de posse - Usufruto - Arrendamento rural - Usufrutuário - Falecimento. | |

REsp n. 1.776.425 - SP- Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.....686
Honorários advocatícios - Cabimento - Gratuidade judiciária - Legitimidade
recursal concorrente.

REsp n. 1.907.391 - RJ- Rel. Min. Moura Ribeiro.....692
Ação de cobrança - Exceção de contrato não cumprido - Reprovação de parte dos
serviços prestados.

QUARTA TURMA..... 705

HC n. 622.826 - MG - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti.....707
Execução de alimentos - [1] 5.478/1968, art. 13 - Tutela antecipada antes da
citação.

REsp n. 1.338.616 - DF - Rel. Min. Marco Buzzi731
Adoção unilateral afetiva de enteado - Autor - Padrasto - Diferença etária -
Desnecessidade.

REsp n. 1.345.170 - RS - Rel. Min. Luis Felipe Salomão741
Transmissão de direitos reais ou pessoais - Procuração em causa própria.

REsp n. 1.383.914 - RS - Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira.....774
Falência - Créditos - Habilitação - Desnecessidade - Massa falida - Condenação
- litigância de má-fé.

REsp n. 1.412.247 - MG -Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira783
Indenização por morte - CPC, art. 833 - Seguro DPVAT - Impenhorabilidade.

REsp n. 1.539.056 - MG - Rel. Min. Luis Felipe Salomão789
Ação civil pública - Alienação de terreno a consumidor de baixa renda - Dano
moral coletivo - Publicidade enganosa.

REsp n. 1.626.997 - RJ - Rel. Min. Marco Buzzi.....820
Contrato de cartão de crédito - Cláusula abusiva - Não configuração -
Inadimplemento - Débito direto em conta corrente - Valor mínimo.

REsp n. 1.819.075 - RS - Rel. p/o acórdão Min. Raul Araújo.....834
Ação de obrigação de não fazer - Condomínio edilício - Locação fracionada -
Hospedagem atípica - Uso não residencial.

TERCEIRA SEÇÃO 911

- CC n. 175.033 - GO - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior..... 913
Competência - Penhora Penal - Penhora trabalhista - Pluralidade de constrições Patrimoniais.
- CC n. 176.659 - GO - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior..... 922
Competência - Justiça Federal - Penhora penal - Penhora Trabalhista - Pluralidade de constrições Patrimoniais.
- REsp n. 1.794.854 - DF - Rel. Min. Laurita Vaz 932
Dosimetria da pena - Conduta social - Valoração - CP, art. 59.

QUINTA TURMA..... 951

- AREsp n. 701.833 - SP - Rel. Min. Ribeiro Dantas..... 953
Prova - Ilicitude - Compartilhamento de dados bancários - Ordem pública - Violação - Não ocorrência.
- AREsp n. 1.555.030 - GO - Rel. Min. Ribeiro Dantas 972
Crime de estupro de vulnerável - Réu e vítima - Namoro - Matrimônio - Súmula n.593-STJ - Inaplicabilidade.
- AgRg no HC n. 613.555 - RJ - Rel. Min. Felix Fischer 986
Sustentação oral - Não cabimento - Prisão preventiva - Regimento Interno do STJ - Observância .
- AgRg no HC n. 653.202 - PE - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca..... 1005
Invasão domiciliar - Policial Militar - Constrangimento ilegal - Ocorrência - Crime de posse irregular de arma de fogo - Crime de tráfico de entorpecentes.
- AgRg no RHC n. 136.961 - RJ- Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca 1022
Ministério Público Estadual - Legitimidade passiva ad causam - Preso em condições degradantes - Princípio da Fraternalidade - Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos.
- AgRg no REsp n. 1.882.079 - RS - Rel. Min. Felix Fischer..... 1034
Ministério Público - Ilegitimidade passiva ad causam - Não configuração - Colaboração premiada - Compartilhamento requerido pela Receita Federal.

SEXTA TURMA 1051

| | |
|---|------|
| AgRg no AREsp n. 1.627.490 - DF - Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) | 1053 |
| Crime de gestão fraudulenta ou temerária de bancos - Fato atípico - Lei n. 1.521/1951 - Lei n. 4.591/1964. | |
| AgRg no REsp n. 1.865.363 - SP - Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro | 1080 |
| Domicílio - Violação - Cocaína - Apreensão de 12 gramas - Crime de tráfico de drogas - Denúncia anônima. | |
| HC n. 647.408 - CE - Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) | 1091 |
| Crime de homicídio triplamente qualificado - Apelação em liberdade - Impossibilidade - Lei n. 13.964/2019. | |
| HC n. 649.103 - ES - Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro | 1109 |
| Execução provisória da pena - Impossibilidade - CPP, art.283 - Pena de reclusão superior a 15 anos. | |
| HC n. 653.556 - SP - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz | 1122 |
| Progressão de regime - Crime hediondo - Lei n. 13.769/2018. | |
| RHC n. 143.516 - RJ - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz | 1126 |
| Crime contra a Ordem Tributária - Crédito tributário - Constituição - Não ocorrência - Suspensão da investigação - Necessidade. | |
| RMS n. 20.534 - RS - Rel. p/ o acórdão Min. Laurita Vaz..... | 1143 |
| Empregado público - Admissão - Anulação - Impossibilidade - Dúvida objetiva - Princípio da confiança. | |

ÍNDICE ANALÍTICO 1177

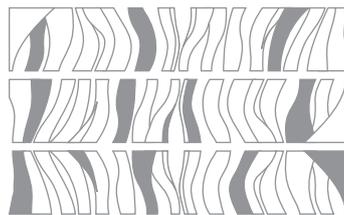
ÍNDICE SISTEMÁTICO 1193

SIGLAS E ABREVIATURAS 1199

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 1205



Jurisprudência



Terceira Turma

RECURSO ESPECIAL N. 1.699.855-RS (2017/0240742-1)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A

Advogados: Luís de Carvalho Cascaldi e outro(s) - SP257451

André Frossard dos Reis Albuquerque - SP302001

Yasmin Cotait e Silva - SP330370

Tamara Viana Andrade - RS079083

Recorrente: CERAN Companhia Energética Rio das Antas

Advogados: Jorge Cesa Ferreira da Silva - RS032701

Júlio César de Resende Teixeira - RS037201

Fernanda Girardi Tavares - RS051428

Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues - RS025510

Otávio Augusto Dal Molin Domit - RS081557

Recorrido: Toniolo, Busnello S/A - Tunes, Terraplenagens e Pavimentacoes

Advogados: Fernando Antônio Variani - RS026709

Marcos Eduardo Nondilo - RS033021

Maurício Gaboardi - RS042190

Rafael de Alencar Araripe Carneiro e outro(s) - DF025120

Laércio de Lima Leivas e outro(s) - RS060272

Mariana Albuquerque Rabelo - DF044918

EMENTA

Recursos especiais. Ação de cobrança. Discussão quanto ao critério de remuneração pelos serviços de empreitada, para a construção de usinas hidrelétricas. Alegação de nulidade ou de inexistência de contrato escrito, assinado pelas partes, no qual contém cláusula compromissória arbitral, sob o argumento de que não teria sido observada a autonomia da vontade das partes exarada em contrato verbal anterior, por meio de contato telefônico. Despojamento da jurisdição arbitral. Impossibilidade. Autonomia entre o ajuste contratual e a convenção de arbitragem nele inserta. Observância. Necessidade. Contrato de empreitada que não pode ser qualificado como de “adesão”, a toda evidência. Inexistência de compromisso

arbitral patológico, a autorizar o afastamento imediato da competência da jurisdição arbitral. Reconhecimento. Recursos especiais providos.

1. A controvérsia posta no presente recurso especial centra-se em saber se seria dado ao Poder Judiciário conhecer e julgar ação, com precedência do Tribunal arbitral, excepcionalmente, sob o fundamento de que a demanda subjacente tem como causa de pedir a alegação de que os ajustes estabelecidos entre as partes, no tocante às bases de remuneração dos serviços de empreitada pactuados, deram-se em contrato verbal, e não em superveniente contrato escrito no qual consta cláusula compromissória arbitral, cujos termos, segundo argumentado pela demandante, não teria observado a autonomia de vontade, basilar da arbitragem.

2. Como método alternativo de solução de litígios, o estabelecimento da convenção de arbitragem produz, de imediato, dois efeitos bem definidos. O primeiro, positivo, consiste na submissão das partes à via arbitral, para solver eventuais controvérsias advindas da relação contratual subjacente (em se tratando de cláusula compromissória). O segundo, negativo, refere-se à subtração do Poder Judiciário em conhecer do conflito de interesses que as partes, com esteio no princípio da autonomia da vontade, tenham reservado ao julgamento dos árbitros.

3. Justamente para dar concretude a tais efeitos, a lei de regência confere ao Juízo arbitral a medida de competência mínima, veiculada no princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, cabendo-lhe, assim, deliberar sobre a sua própria competência, precedentemente a qualquer outro órgão julgador, imiscuindo-se, para tal fim, sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção da arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

3.1 Por expressa disposição legal (art. 8º, *caput*, da Lei n. 9.307/1996), a cláusula compromissória, por meio da qual as partes convencionam submeter eventuais e futuros litígios à arbitragem, é autônoma no tocante à relação contratual subjacente. Desse modo, o exame acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem não se confunde com o do contrato a que se relaciona. Por consectário, eventual nulidade, ou mesmo inexistência jurídica, do contrato principal não tem nenhuma repercussão na convenção de arbitragem.

3.2 Ressai, com absoluta clareza, que a pretendida declaração de nulidade ou de inexistência da cláusula contratual que estabeleceu o critério de remuneração do serviço de empreitada ou, a esse propósito, do próprio contrato escrito (no qual incluída a cláusula compromissória arbitral), é matéria a ser conhecida e julgada, por imposição legal, precedentemente, pelo Tribunal arbitral. Sem nenhum respaldo legal, assim, supor que a simples alegação de nulidade (ou mesmo de inexistência jurídica) do contrato principal teria o condão, *per si*, de afastar a convenção de arbitragem nele inserto, tal como reconhecido pelo Tribunal de origem.

4. Não se olvida, tampouco se dissuade de doutrina especializada, assim como da jurisprudência desta Corte de Justiça, que admite, excepcionalmente e em tese, que o Juízo estatal, instado naturalmente para tanto, reconheça a inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem sempre que o vício que a inquina revelar-se, em princípio, clarividente (encerrando, assim, verdadeira cláusula compromissória arbitral patológica).

4.1 Na hipótese dos autos, todavia, a convenção arbitral ajustada pelas partes, por meio da cláusula compromissória (cheia) inserta no contrato de empreitada estabelecido entre as partes – devidamente referenciada na sentença extintiva –, não guarda, em si, nenhum vício detectável à primeira vista, passível de reconhecimento, de imediato, pelo Poder Judiciário.

5. Afigura-se de todo descabido conferir ao contrato de empreitada estabelecido entre as partes, destinado a viabilizar a construção e a implantação de duas unidades hidrelétricas integrantes do Complexo Energético Rio das Antas no Estado do Rio Grande do Sul, a qualidade de “adesão”, tal como impropriamente alega a parte demandante.

5.1 Da espécie de contrato em comento ressaem evidenciadas, necessariamente, a magnitude e a especificidade das obrigações contrapostas, de inequívoca grandeza econômica, a demandar, de parte a parte, indiscutível *know-how*, conhecimento técnico e estofamento econômico-financeiro para discutir o teor das cláusulas contratuais, a afastar qualquer suposição, meramente retórica, de imposição ou de subordinação entre os contratantes. Trata-se, pois, de tipo de contratação

personalíssima, descontextualizada de qualquer padronização, em que os contratantes valem-se, em tese e *prima facie*, de plena liberdade para ajustar, segundo seus interesses e disponibilidade, as cláusulas contratuais às quais se vinculariam.

6. Recursos especiais providos.

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, dar provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Vencidos, quanto aos honorários, os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Nancy Andrichi.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Nancy Andrichi, Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente) e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 8.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e Companhia Energética do Rio das Antas – CERAN interpõem, cada qual, recurso especial contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Subjaz ao presentes recursos especiais ação de cobrança promovida por Toniolo Busnello S.A. – Túneis, Terraplenagens e Pavimentações contra Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e Companhia Energética do Rio das Antas – CERAN, tendo por propósito, resumidamente, a cobrança de diferenças de quantitativos de serviços alegadamente realizados e não pagos pelas demandadas, na consecução de obras civis de implantação do Complexo Energético Rio das Antas, composto por 3 (três) hidrelétricas (UHE Castro

Alves, UHE Monte Claro e UHE 14 de Julho), no Estado do Rio Grande do Sul.

Em sua exordial, a demandante aduziu, em síntese, que, após o procedimento licitatório pertinente, vencido pelo consórcio formado pelas empresas CPFL – Geração de Energia S.A., CEE - Companhia Estadual de Energia Elétrica e DESNEVIX S.A., e a constituição da CERAN – Companhia Energética Rio das Antas –, com o objetivo social de implantar e operar, na qualidade de produtora independente de energia elétrica, o potencial de energia hidráulica do Complexo Energético Rio das Antas, a construção das usinas hidrelétricas acima nomeadas foi, inicialmente, delegada à empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A.

Narrou Toniolo Busnello que chegou a ser cogitada para integrar, em conjunto com a Camargo Corrêa um consórcio para o específico propósito de promover a construção das usinas, o que, todavia, não se aperfeiçoou justamente porque seus engenheiros, em análise prévia dos projetos apresentados pela Camargo Corrêa acerca do quantitativo dos serviços a serem realizados com os respectivos preços, concluíram haver “diferenças significativas entre o calculado pelo projetista e o efetivamente necessário para a consecução da obra” (e-STJ, fl. 5). Por tal razão, afirmou a autora que sua participação se resumiu “aos serviços de escavações a céu aberto e subterrâneas, transporte de material escavado, contenções, tirantes, concreto projetado, poços e túneis de acesso” (e-STJ, fl. 5), a serem realizados apenas nas Usinas Monte Claro e Castro Alves.

Argumentou, nesse contexto, *ter firmado verbalmente “um contrato de prestação de serviços por preços unitários de serviços efetivamente realizados, preços esses que foram exaustivamente negociados entre as partes [...], tendo a [Camargo Corrêa] atestado que não haveria problemas em que se realizassem os serviços segundo a situação que viesse a ser encontrada (e calculada) pela Autora, dado que (1) os serviços seriam pagos sempre com base na medição dos quantitativos realizados, bem como porque, além do mais, (2) teria ela (Camargo Corrêa) condições técnicas de absorver eventuais diferenças verificadas, seja através de modificações no projeto original, seja através da cobrança das diferenças de quantitativos realizados diretamente da CERAN, que era quem, afinal de contas, efetuaria o pagamento dos serviços”* (e-STJ, fl. 6).

Segundo afirmado, a contratação por preços unitários dos serviços, e não por preço global, pode ser comprovada pelas planilhas constantes do Anexo VIII do *contrato escrito posteriormente assinado*.

Frisou que, “em 11/05/2002, um sábado, por volta das 19:00 horas, foram sacramentadas as bases da contratação (segundo quantitativos unitários de serviços efetivamente realizados, com os preços respectivos posicionados no mês de dezembro/2000), havendo, então, o fechamento do negócio, o que se deu, essencialmente, através de contato telefônico entre o representante da Autora, Sr. Humberto César Busnello; e o representante da Camargo Corrêa, que na época era o Diretor de Engenharia daquela empresa, Sr. Saulo Tadeu Vasconcelos Catão” (e-STJ, fl. 7).

Anotou que a realização dos serviços deu-se imediatamente, sendo certo que o pagamento das duas primeiras faturas, efetuados por CERAN, deu-se em absoluta conformidade com o contrato verbal perfectibilizado via contato telefônico de 11/05/2002, ou seja, por quantitativos efetivamente realizados. Alegou que, subseqüentemente, quando da emissão da terceira à sétima faturas – referentes às medições realizadas entre os meses de julho a novembro de 2002 – o respectivo pagamento passou a ser realizado pela CERAN não mais com base nos quantitativos realizados, mas sim de acordo com os valores previstos no cronograma de desembolso financeiro, fato que significou profunda alteração no acordo estabelecido entre a autora e a Camargo Corrêa no dia 11/05/2002, como deu ensejo a expressivas diferenças nos valores devidos pelos serviços efetivamente realizados.

Afirmou que, com o objetivo de regularizar a situação, “a Camargo Corrêa confeccionou o instrumento de contrato (de prestação de serviços em regime de empreitada) já na segunda quinzena de outubro de 2002, o qual tomou o n. 46004206” (e-STJ, fl. 9). Anotou que, “como forma de compatibilizar os desembolsos efetuados até então pela CERAN, antecipou sua data para o dia 01/05/2002” (e-STJ, fl. 9).

Alegou, no ponto, que “o instrumento contratual foi todo redigido pelo corpo jurídico da Camargo Corrêa, sem interveniência alguma da Autora, já que, antes de mais nada, existia uma relação de parceria e, portanto, de confiança entre elas, como dito, já de longa data, motivo pelo qual a Autora se limitou, apenas, à assiná-lo” (e-STJ, fl. 9).

Ressaltou, no ponto, que “o instrumento confeccionado não respeitou o verdadeiro e único acordo de vontades estabelecido entre a Autora e a Camargo Corrêa, pois, não bastasse a data ter sido retroagida no tempo para fins de atender à necessidade contábil da CERAN, nele foram estabelecidas cláusulas e condições que não expressam o que foi realmente contratado no dia 11/05/2002,

chegando, a conter disposições leoninas, eis que, entre obrigações e direitos respectivos, consubstanciam a desigualdade entre as partes ao protegerem excessivamente os interesses da Camargo Corrêa, e da própria CERAN, em detrimento dos interesses da Autora” (e-STJ, fls. 9-10).

Sustentou, assim, que “o instrumento de contrato, portanto, não correspondeu à verdadeira declaração de vontades, à positiva contratação realizada entre as partes no dia 11/05/2002, tanto que a Camargo Corrêa, protegendo os seus interesses, fez constar cláusula (a vigésima segunda, item 22.6) mencionando que o instrumento contratual “prevalece sobre quaisquer outros acordos anteriores”, ou seja, se não houvesse um acordo de vontades anterior (o verdadeiro acordo), ou melhor, se não houvesse uma pactuação anterior em sentido diametralmente oposto, não haveria, por evidente, a menor necessidade de se fazer constar uma cláusula dessas no instrumento em questão, quanto mais por ter sido colocado no mesmo (doc.8) uma data, de 01/05/2002, que se mostra anterior ao próprio contrato que deu ensejo ao empreendimento como um todo (doc. 4), o qual foi firmado entre as Rés em 16/05/2002” (e-STJ, fl. 11).

Asseverou, assim, tratar-se de contrato de adesão, já que não participou da confecção das cláusulas contratuais, tendo tão somente assinado ante a existência de uma relação de confiança.

Por fim, a demandante teceu os seguintes requerimentos (e-STJ, fls. 32-33):

i) seja devidamente reconhecido o contrato entabulado entre Autora e as Rés por intermédio do contato telefônico havido com a Camargo Corrêa no dia 11/05/2002, no qual foi ajustado que o pagamento do preço base (R\$ 39.994.472,57 - posicionados no mês de dezembro de 2000) dos serviços de escavação e transporte dos materiais escavados necessários à implantação das Usinas Monte Claro e Castro Alves seria realizado levando-se em consideração os quantitativos de serviços que viessem a ser efetivamente realizados, por ser de direito.

ii) seja reconhecida a inexistência jurídica de qualquer cláusula em sentido contrário ao acima disposto ou do próprio instrumento de contrato, como um todo, firmado entre a Autora e a Camargo Corrêa na segunda quinzena de outubro do qual a data respectiva foi antecipada para o 01/05/2002.

iii) a condenação das Rés ao pagamento das diferenças de quantitativos de serviços contratuais efetivamente realizados pela Autora na Usina Monte Claro, os quais totalizam, em valores posicionados no mês de dezembro de 2000, a importância de R\$ R\$ 6.703.345,30, conforme planilhas de cálculo anexas, valores

esses que deverão ser corrigidos monetariamente desde o mês de dezembro de 2000 até a datado efetivo pagamento, acrescidos, ainda, a partir desta data, de juros de mora no patamar de 1% ao mês.

iv) a condenação das Rés ao pagamento de todos os quantitativos de serviços extracontratuais realizados pela Autora na Usina Monte Claro, os quais totalizam, em valores posicionados no mês de dezembro de 2000, a importância de R\$ 1.384.474,69, conforme planilhas de cálculo anexas, valores esses que também deverão ser corrigidos monetariamente desde o mês de dezembro de 2000 até a data do efetivo pagamento, acrescidos, do mesmo modo, a partir desta data, de juros de mora no patamar de 1% ao mês. Requer, também, a condenação das Rés ao repasse do valor dos seguros respectivos relativos aos dois sinistros ocorridos com bens da Autora na Usina de Monte Claro, os quais atingem o montante de R\$ 654.561,73 no mês de fevereiro de 2003, acrescidos desde então de correção monetária e juros de mora de 1% ao mês.

v) a condenação das Rés à devolução da multa contratual indevidamente aplicada à Autora no valor de R\$ 212.698,81, na data de 02/01/2003 (em face do estorno parcial havido na 11a medição, objeto da Nota fiscal n. 3.073), devidamente corrigido monetariamente desde aquela data até a data do efetivo pagamento e acrescido de juros de mora de 1% ao mês.

Devidamente citadas, Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e Companhia Energética do Rio das Antas – CERAN apresentaram, cada qual, sua peça contestatória (e-STJ, fls. 587-616 e 660-699), em que rejeitaram integralmente os pedidos vertidos na inicial.

No que importa à controvérsia, arguíram, em preliminar, a carência da ação, ante a existência de cláusula compromissória arbitral, inserida no contrato formalmente escrito, celebrado entre as partes.

Em primeira instância, o Juízo *a quo* extinguiu o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VII, do Código de Processo Civil de 1973 (e-STJ, fl. 2.818-2.823), por compreender ser da competência do Juízo arbitral deliberar, com precedência ao Poder Judiciário, sobre a validade do compromisso arbitral constante do contrato de prestação de serviços em regime de empreitada (n. 46004206) estabelecido entre as partes. Fixou-se a verba honorária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), para cada um deles, em favor dos procuradores das demandadas.

Irresignada, Toniolo Busnello S.A. – Túneis, Terraplenagens e Pavimentações interpôs recurso de apelação. As demandadas, por sua vez, manejaram recurso adesivo com o propósito de majorar a verba honorária.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entendeu por bem conferir provimento à apelação interposto pela autora, “para desconstituir a sentença e determinar o regular prosseguimento do feito e julgar prejudicado o recurso adesivo das demandadas” (e-STJ, fl. 2.990), sob o argumento, em síntese, de que, em atenção à alegação expendida pela parte demandante de que a contratação desrespeita justamente a autonomia da vontade, é possível ao Poder Judiciário declarar, previamente, a nulidade da convenção de arbitragem.

O julgado recebeu a seguinte ementa (e-STJ, fl. 2.939):

Ação de cobrança. Contrato de empreitada. Caso concreto. Matéria de fato. Clausula de arbitragem. Discussão acerca da existência e validade do contrato em que está presente a cláusula arbitral. Possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário. Sentença desconstituída. Apelo provido e recurso adesivo prejudicado.

Opostos embargos de declaração (e-STJ, fls. 2.997-3.003 e 3.008-3.016), estes foram rejeitados (e-STJ, fls. 3.082-3.087).

Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., em seu recurso especial (e-STJ, fls. 3.094-3.140), fundado nas alíneas *a* e *c* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, aponta, além de dissenso jurisprudencial, a violação dos arts. 8º, 20, § 2º, 32, I, e 33 da Lei n. 9.307/1996.

Em suas razões recursais, aduz que a recorrida, desde a sua inicial, em momento nenhum, suscitou qualquer vício no que se refere à cláusula compromissória arbitral cheia inserida no contrato, que é autônomo e independente do principal. Ressalta, assim, que, sem deduzir nenhuma causa de nulidade ou vício da regular convenção de arbitragem celebrada entre as partes, a recorrida restringiu-se a argumentar “vício tão somente quanto ao método de medição e pagamento do contrato, sustentando, de maneira absurda e leviana, ter havido contratação verbal anterior de empreitada na modalidade de preço unitário por quantitativos, e não na modalidade de preço global, como constou expressamente no contrato de prestação de serviços escrito. e regularmente firmado entre as partes” (e-STJ, fl. 3.107).

Anota, assim, que a suposta nulidade do contrato, consistente no alegado vício de consentimento acerca do método de medição e pagamento do contrato, jamais poderia atingir a autonomia da vontade das partes expendida acerca da jurisdição arbitral, cabendo ao Juízo arbitral, com precedência ao Poder Judiciário, deliberar sobre a existência, validade e eficácia da cláusula compromissória arbitral, conforme dispõe o art. 8º da Lei de Arbitragem.

Ressalta, ainda, a violação dos demais dispositivos legais apontados (arts. 20, § 2º, 32, I, e 33 da Lei n. 9.307/1996), na medida em que o controle do Poder Judiciário sobre o instituto da arbitragem se dá somente *a posteriori*, ou seja, tão somente após for proferida a sentença arbitral que eventualmente tenha decorrido de convenção de arbitragem nula.

Por sua vez, *Companhia Energética do Rio das Antas – CERAN*, em seu recurso especial (e-STJ, fls. 3.215-3.224), fundado na alínea *a* do permissivo constitucional, indica a ocorrência de violação dos arts. 535 do Código de Processo Civil de 1973; e 8º, parágrafo único, da Lei n. 9.307/1996.

Preliminarmente, aduz que o acórdão recorrido incorre em vícios de julgamento, devidamente apontados em embargos de declaração, os quais, todavia, não foram acolhidos.

No ponto, anota que, “além de não ser possível identificar qual excepcionalidade autorizaria, *in casu*, a não aplicação da regra do artigo 8º, parágrafo único, da LArb e a relativização do princípio *Kompetenz-Kompetenz* (omissão); ficou evidente a contradição entre afirmações presentes na fundamentação, bem como entre os fundamentos e a conclusão (contradição); e permaneceu incerto o verdadeiro conteúdo e extensão do dispositivo – se estava sendo decretada desde logo a nulidade da cláusula compromissória ou se estava sendo apenas determinado ao MM. Juízo de primeira instância que realizasse esse exame de competência (obscuridade)” — e-STJ, fl. 3.224.

No mérito, sustenta a autonomia da cláusula compromissória arbitral em relação ao contrato em que inserida, sendo certo que eventual nulidade deste não implica a nulidade daquela. Defende a precedência do árbitro em relação ao Poder Judiciário na análise da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Afirma que o Tribunal de origem nem sequer esclarece em que residiria a excepcionalidade dos autos que autorizaria o Poder Judiciário a avaliar diretamente a alegação de nulidade da convenção de arbitragem estabelecida no contrato que rege a relação jurídica controvertida.

A parte adversa apresentou contrarrazões às fls. 3.249-3.275 (e-STJ).

Em resumo, Toniolo Busnello S.A. – Túneis, Terraplenagens e Pavimentações defende a tese de que “a contratação verbal original, realizada em bases diferentes (como a prova testemunhal também deverá demonstrar), uma vez reconhecida nos autos pela própria Camargo Corrêa, como foi (item 10 da fl. 575), evidentemente afasta do caso a aplicação de qualquer disposição do contrato escrito posteriormente realizado, inclusive a cláusula arbitral nele

inserta, haja vista a inexistência jurídica do contrato escrito, aspecto jurídico este que, como se sabe, não se confunde com o plano da validade, no qual verdadeiramente se encontra a malfadada autonomia da cláusula arbitral, situação excepcional essa que, por si só, já denota toda a peculiaridade do caso em apreço” (e-STJ, fl. 3.257).

Esclareça-se, ainda, que os autos deste recurso especial foram inicialmente distribuídos ao Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que, quando do julgamento do AgInt nos EDcl na TutPrv no REsp 1.699.855/RS, reconsiderou “a decisão agravada, para aplicar o entendimento firmado pela Colenda Corte Especial deste STJ, por ocasião do julgamento do CC 150.050/DF, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 9.5.2017, determinando a redistribuição dos presentes autos a um dos eminentes Ministros integrantes das Turmas que compõem a egrégia 2a. Seção do STJ” (e-STJ, fls. 3.556), nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl. 3.561):

Direito Civil. Agravo interno em recurso especial. Discussão contratual ajuizada por empresa subcontratada por outra que mantinha contrato com a concessionária de energia elétrica, para fins da construção de usina hidroelétrica. Inexistência de objeto público na discussão material dos autos, onde ainda, não figura nenhum ente político. Competência de uma das Turmas componentes da egrégia Segunda Seção deste STJ. Aplicação do entendimento firmado na Corte Especial por ocasião do julgamento do CC 150.050/DF, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 9.5.2017. Reconsideração da decisão agravada com a determinação de redistribuição do presente recurso especial.

Sem insurgências recursais, o presente recurso especial foi distribuído a esta relatoria.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): Antes propriamente de adentrar no exame da matéria posta, registre-se que, às fls. 3.625-3.656 (e-STJ), a recorrida Toniolo Busnello S.A - Túneis, Terraplanagens e Pavimentações requer seja reconhecida a perda de objeto do presente recurso especial, sob o argumento, em síntese, de que, em razão da não concessão de efeito suspensivo ao presente recurso especial (pelo então relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho), os autos retornaram à origem, o que ensejou o prosseguimento do feito e a recente prolação de sentença de improcedência.

Às fls. 3.658-3.663 (e-STJ), a recorrente Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., rechaça tal pretensão ante a inequívoca subsistência do objeto recursal.

O pedido de reconhecimento de perda de objeto, a toda evidência, não procede.

Isso porque a discussão travada no presente recurso especial refere-se à própria instauração da jurisdição estatal para conhecer e julgar a ação subjacente, o que tem o condão, caso provida a insurgência recursal em análise, de tonar inexistente o próprio provimento judicial de mérito já exarado, independentemente do sentido em que exarado, inapto à produção de efeitos.

Como se constata, a questão, objeto do presente recurso especial, precede não apenas o mérito da controvérsia posta ou outra questão prefacial a ser resolvida no bojo do processo judicial, mas a própria instauração da jurisdição estatal.

Rejeito, pois, a alegação de perda de objeto.

A controvérsia posta no presente recurso especial centra-se, em resumo, em saber, para além da ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, se seria dado ao Poder Judiciário conhecer da ação e julgá-la, com precedência do Tribunal arbitral, excepcionalmente, sob o fundamento de que a demanda subjacente tem como causa de pedir a alegação de que os ajustes estabelecidos entre as partes, no tocante às bases de remuneração dos serviços de empreitada pactuados, deram-se em contrato verbal, e não em superveniente contrato escrito no qual consta cláusula compromissória arbitral, cujos termos, segundo argumentado pela demandante, não teria observado a autonomia de vontade, basilar da arbitragem.

Ante a identidade da linha argumentativa dos recursos especiais, e, principalmente, a unidade de desígnios, serão ambos analisados em conjunto.

1. Alegação de vícios de julgamento. Subsistência, que, todavia, não obsta o conhecimento de mérito por esta Corte de Justiça. Reconhecimento.

Preliminarmente, a Companhia Energética do Rio das Antas – CERAN aduz que o acórdão recorrido incorre em vícios de julgamento, devidamente apontados em embargos de declaração, os quais, todavia, não foram acolhidos.

Conforme relatado, o Tribunal de origem reformou a sentença de extinção do processo, sem julgamento de mérito – que havia acolhido a exceção de

jurisdição arbitral –, por reconhecer que seria possível ao Poder Judiciário conhecer excepcionalmente da subjacente ação, sob o fundamento de que esta tem, como causa de pedir, a alegação de que a contratação formal desrespeita, em tese, a autonomia de vontade, a autorizar a própria declaração de nulidade da convenção de arbitragem ali inserta.

Pela relevância, oportuna a reprodução dos fundamentos adotados pela Corte estadual (e-STJ, fls. 2.985-2.991):

[...] Os vícios de consentimento, por exemplo, são possíveis fatores que, presentes no contrato, acabariam por destruir também a cláusula compromissória nele inserida. Isso porque, tendo o instituto da arbitragem como núcleo o princípio da autonomia da vontade, é preciso que a convenção expresse a vontade das partes, sendo que o vício de consentimento ofende os princípios mais basilares da arbitragem, acabando por, praticamente, encerrar a sua própria razão de ser.

Entretanto, pelo que se disse até o momento, mesmo que houvesse vícios comuns entre contrato e cláusula compromissória que implicassem a nulidade de ambos, sendo relativizado o princípio da separabilidade da cláusula, a análise e a decisão sobre a questão ainda seriam procedidas pelo árbitro designado em convenção, não sendo afastada a competência da arbitragem para tanto.

Ocorre que, em situações excepcionais, deve ser relativizado também o princípio da “Kompetenz-Kompetenz”, sendo cabível que o Poder Judiciário controle, de certa forma, a jurisdição arbitral, decidindo acerca da invalidade da convenção de arbitragem, principalmente se ainda não houver sido instaurado procedimento arbitral.

No caso concreto, a apelante alega que o contrato escrito não é válido, pois não respeitou a vontade das partes estabelecida verbalmente entre as partes, autorizando, portanto, o Poder Judiciário a apreciar a questão da nulidade da convenção arbitral.

Dessa forma, tendo em vista a alegação da apelante que a contratação formalmente desrespeita o princípio mais basilar da arbitragem, qual seja, a autonomia da vontade, eis que o contrato escrito não representa a manifestação da intenção de uma das partes contratantes, é possível, nesse caso, que o Poder Judiciário declare a nulidade da convenção de arbitragem, devendo ser desconstituída a sentença que extinguiu o feito em razão da existência de cláusula arbitral.

Tendo em vista o teor desse v. acórdão, resta prejudicado o exame das demais alegações do apelo, bem como do recurso adesivo.

Por tais razões, dou provimento ao apelo para desconstituir a sentença e determinar o regular prosseguimento do feito e julgo prejudicado o recurso adesivo.

Em embargos de declaração, as demandadas defenderam que, “além de não ser possível identificar qual excepcionalidade autorizaria, *in casu*, a não aplicação da regra do artigo 8º, parágrafo único, da LArb e a relativização do princípio *Kompetenz-Kompetenz* (omissão); ficou evidente a contradição entre afirmações constantes da fundamentação, bem como entre os fundamentos e a conclusão (contradição); e permaneceu incerto o verdadeiro conteúdo e extensão do dispositivo – se estava sendo decretada desde logo a nulidade da cláusula compromissória ou se estava sendo apenas determinado ao MM. Juízo de primeira instância que realizasse esse exame de competência (obscuridade)” – e-STJ, fl. 3.224.

O Tribunal de origem esclareceu que a situação excepcional e a determinação ao Juízo *a quo* foram devidamente explicitadas, nos seguintes termos (e-STJ, fl. 3.709):

Ao contrário do afirmado pela embargante, o v. acórdão analisou os pontos controvertidos e as peças constantes nos autos de forma clara e congruente e, a partir de tais elementos, concluiu pela reforma da decisão “*a quo*”.

Acrescento que, conforme consta expressamente no v. acórdão, a situação excepcional que motivou a relativização do princípio da Kompetenz-Kompetenz foi o desrespeito ao princípio da autonomia da vontade.

Não há qualquer contradição, pois se disse que não é qualquer nulidade ou anulabilidade que acaba com a efetividade do instituto, mas que existem casos de contrato nulo e inexistente que podem levar à relativização do instituto, sendo um deles o vício de consentimento, como ocorreu na hipótese dos autos.

Por fim, no v. acórdão não foi declarada qualquer nulidade, o que houve foi a desconstituição da sentença para que o juízo a quo manifeste-se acerca da nulidade alegada pela embargada.

Como se constata, o Tribunal de origem, por ocasião do julgamento do recurso de apelação, assentou que a situação excepcional, que autorizaria o Poder Judiciário a conhecer da ação com precedência ao Tribunal arbitral, estaria no fato de que a demandante teceu, em sua exordial, a alegação (por si só) de que não foi observada a autonomia de vontade. No julgamento dos embargos de declaração, por sua vez, a situação excepcional estaria na constatação, propriamente dita, de que houve desrespeito ao princípio da autonomia de vontade, sem explicitar, nesse caso, a razão pela qual teria chegado a tal conclusão.

Na sequência, como visto, a Corte local determinou que o Juízo *a quo* deliberasse acerca da nulidade alegada pela parte, remanescendo a dúvida

– razoável, aliás – se a nulidade a ser declarada seria a respeito do contrato realizado ou se da convenção de arbitragem ali inserida.

Nesse contexto, ainda que se possa reconhecer a incongruência dos fundamentos adotados pela Corte estadual, além de omissão, mostra-se de todo despidendo o retorno dos autos para a supressão de tais vícios de julgamento, *pois a situação de excepcionalidade descrita pelo acórdão recorrido (ou seja, a premissa em que se funda o acórdão recorrido), seja ela qual for entre as ali indicadas, não autoriza, conforme será demonstrado, a inobservância do princípio do Kompetenz-Kompetenz, norteador da arbitragem.*

Assim, como a questão – devida e suficientemente devolvida ao conhecimento desta Corte de Justiça – confunde-se com o próprio mérito, de rigor o seu enfrentamento em tópico específico a essa finalidade.

2. Mérito.

Para a adequada compreensão do objeto do litígio submetido à jurisdição estatal, é importante destacar que os argumentos vertidos por Toniolo Busnello, em sua exordial – devidamente detalhados no relatório do presente voto, aos quais ora se reporta –, centram-se basicamente na alegação de que o critério a ser observado, para o propósito de remunerar os seus serviços de empreitada, é o de “quantitativos unitários dos serviços efetivamente realizados”, *estabelecido em contrato verbal, por ocasião de um contato telefônico com a Camargo Corrêa, e não o critério de valor global ajustado posteriormente em contrato escrito (no qual consta cláusula compromissória arbitral), assinado pelas partes, com data retroativa.*

Na exposição da causa de pedir, a demandante atribuiu ao contrato escrito a pecha de nulidade, pois, especificamente em relação ao critério de remuneração pelos serviços de empreitada, não teria sido observada a real manifestação de vontade expendida por ocasião do anterior contato telefônico.

A autora da ação, a esse fim, qualificou o contrato escrito estabelecido entre as partes de “contrato de adesão”, pois, segundo argumentou, teria sido confeccionado exclusivamente pela Camargo Corrêa, tendo apenas assinado o instrumento contratual em razão da estrita confiança que permeava a relação existente entre as partes.

Toniolo Busnello ressaltou em sua narrativa, ainda a pretexto de nulidade do contrato escrito, que o respectivo instrumento não correspondeu à verdadeira declaração de vontades acerca do critério genuinamente ajustado,

tendo a Camargo Corrêa feito constar de seus termos, inclusive, que o referido instrumento contratual “*prevalece sobre quaisquer outros acordos anteriores*”, em claro intento de burlar a real vontade externada pelas partes.

Em coerência à argumentação expendida – voltada a reconhecer exclusivamente a nulidade de disposição contratual quanto ao critério de remuneração dos serviços de empreitada, em razão de não espelhar, segundo alegado, a vontade anteriormente manifestada pelas partes em contato telefônico –, a demandante postulou a declaração de nulidade ou a inexistência da correspondente disposição contratual *ou, subsidiariamente, a própria inexistência, como um todo, do contrato escrito*.

Desse modo, pelo que se pode depreender, a nulidade da cláusula compromissória arbitral viria a reboque da pretensão de declaração de nulidade ou de inexistência da cláusula contratual que cuidou do critério de remuneração do serviço de empreitada ou, a esse propósito, do próprio contrato de escrito, assinado pelas partes.

Merece especial registro, inclusive, a constatação de que, de toda a exposição dos fatos alegados em sua inicial, a demandante em momento algum teceu qualquer alegação destinada a infirmar a cláusula compromissória arbitral, a qual – como é de sabença – guarda destacada autonomia em relação ao contrato em que inserida.

Pois bem. É a partir desses contornos gizados pela demandante, em conjunto, naturalmente, com os termos da cláusula compromissória arbitral contida no contrato de empreitada escrito e assinado pelas partes, é que se deve apurar se a situação retratada nos presentes autos autorizaria, como entendeu o Tribunal de origem, o excepcional afastamento da competência do Tribunal arbitral.

Não se antevê, todavia, nenhum respaldo legal para o despojamento da jurisdição arbitral.

Como método alternativo de solução de litígios, o estabelecimento da convenção de arbitragem produz, de imediato, dois efeitos bem definidos. O primeiro, positivo, consiste na submissão das partes à via arbitral, para solver eventuais controvérsias advindas da relação contratual subjacente (em se tratando de cláusula compromissória). O segundo, negativo, refere-se à subtração do Poder Judiciário em conhecer do conflito de interesses que as partes, com esteio no princípio da autonomia da vontade, tenham reservado ao julgamento dos árbitros.

Justamente para dar concretude a tais efeitos, a lei de regência confere ao Juízo arbitral a medida de competência mínima, veiculada no princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, cabendo-lhe, assim, deliberar sobre a sua própria competência, precedentemente a qualquer outro órgão julgador, imiscuindo-se, para tal fim, *sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção da arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória*.

Por expressa disposição legal (art. 8º, *caput*, da Lei n. 9.307/1996), a cláusula compromissória, por meio da qual as partes convencionam submeter eventuais e futuros litígios à arbitragem, é autônoma no tocante à relação contratual subjacente. Desse modo, o exame acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem não se confunde com o do contrato a que se relaciona. Por consectário, eventual nulidade, ou mesmo inexistência jurídica, do contrato principal não tem nenhuma repercussão na convenção de arbitragem.

Ressai, com absoluta clareza, que a pretendida declaração de nulidade ou de inexistência da cláusula contratual que estabeleceu o critério de remuneração do serviço de empreitada ou, a esse propósito, do próprio contrato escrito (no qual insere a cláusula compromissória arbitral), é matéria a ser conhecida e julgada, por imposição legal, precedentemente, pelo Tribunal arbitral.

Sem nenhum respaldo legal, como se pode constatar, supor que a simples alegação de nulidade (ou mesmo de inexistência jurídica) do contrato principal teria o condão, *per si*, de afastar a convenção de arbitragem, tal como reconhecido pelo Tribunal de origem.

Incumbe, assim, ao Tribunal arbitral, caso venha a ser instaurada, de fato, a arbitragem entre as partes, analisar se o critério de remuneração pelo serviço de empreitada estabelecido no contrato escrito desbordou da vontade efetivamente externada pelas partes no noticiado “contrato verbal” anterior, cuja execução já estava alegadamente em andamento; caso tenha desbordado, deliberar se tal fato induziria à nulidade do ajuste; e se o contrato escrito, tal como ali estabelecido, poderia prevalecer sobre qualquer acordo anterior, sem incorrer em nulidade.

Naturalmente, evidenciada que está a natureza contratual da cláusula compromissória (autônoma em relação ao contrato subjacente), afigura-se indispensável que as partes contratantes, com ela, consintam.

Com esse intuito, a questão afeta à validade da cláusula compromissória arbitral inserida no contrato de empreitada estabelecido entre as partes, especificamente acerca do preenchimento de seus requisitos formais, consiste indiscutivelmente em matéria precedente e condicionante à instauração da

arbitragem, cujo deslinde incumbe, como dito, por expressa determinação legal (parágrafo único do art. 8º da Lei de Arbitragem), ao Juízo arbitral, com precedência a qualquer outro órgão julgador.

Veja-se, no ponto, não se olvidar, tampouco se dissuadir de doutrina especializada, assim como da jurisprudência desta Corte de Justiça, que admite, excepcionalmente e em tese, que o Juízo estatal, instado naturalmente para tanto, reconheça a inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem *sempre que o vício que a inquina revelar-se, em princípio, clarividente (encerrando, assim, verdadeira cláusula compromissória arbitral patológica).*

Nesse sentido, destacam-se os seguintes julgados desta Corte de Justiça (sem grifos no original):

Processo Civil. Convenção arbitral. Violação ao art. 535 do CPC não configurada. Análise da validade de cláusula compromissória “cheia”. Competência exclusiva do juízo convencional na fase inicial do procedimento arbitral. Possibilidade de exame pelo Judiciário somente após a sentença arbitral.

1. Não ocorre violação ao artigo 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. *A cláusula compromissória “cheia”, ou seja, aquela que contém, como elemento mínimo a eleição do órgão convencional de solução de conflitos, tem o condão de afastar a competência estatal para apreciar a questão relativa à validade da cláusula arbitral na fase inicial do procedimento (parágrafo único do art. 8º, c/c o art. 20 da LArb).*

3. De fato, é certa a coexistência das competências dos juízos arbitral e togado relativamente às questões inerentes à existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem. *Em verdade - excluindo-se a hipótese de cláusula compromissória patológica (“em branco”) -, o que se nota é uma alternância de competência entre os referidos órgãos, porquanto a ostentam em momentos procedimentais distintos, ou seja, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário é possível tão somente após a prolação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32, I e 33 da Lei de Arbitragem.*

4. No caso dos autos, desponta incontestemente a eleição da Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil (CAMARB) como tribunal arbitral para dirimir as questões oriundas do acordo celebrado, o que aponta forçosamente para a competência exclusiva desse órgão relativamente à análise da validade da cláusula arbitral, impondo-se ao Poder Judiciário a extinção do processo sem resolução de mérito, consoante implementado de forma escorreita pelo magistrado de piso.

Precedentes da Terceira Turma do STJ.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.278.852/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/05/2013, DJe 19/06/2013)

Recurso especial. Ação de revisão contratual e de indenização por perdas e danos. Contrato de franquia. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Competência do Juízo Estatal. Cláusula compromissória. Invalidez. Contrato de adesão. Inobservância dos requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96.

1. Ação ajuizada em 22/5/2017. Recurso especial interposto em 28/5/2018. Autos conclusos ao Gabinete em 11/2/2019.

2. O propósito recursal é definir se é válida a cláusula compromissória prevista no contrato de franquia entabulado entre as partes.

3. Devidamente analisadas e discutidas as questões deduzidas pelas partes, não há que se cogitar de negativa de prestação jurisdicional, ainda que o resultado do julgamento contrarie os interesses dos recorrentes.

4. Segundo entendimento do STJ, cabe ao Poder Judiciário, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral 'patológico', i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula.

5. Os contratos de franquia, mesmo não consubstanciando relação de consumo, devem observar o que prescreve o art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96, na medida em que possuem natureza de contrato de adesão.

Precedentes.

6. Hipótese concreta em que à cláusula compromissória integrante do pacto firmado entre as partes não foi conferido o devido destaque, em negrito, tal qual exige a norma em análise; tampouco houve aposição de assinatura ou de visto específico para ela.

Recurso especial provido.

(REsp 1.803.752/SP, Rel. Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, julgado em 04/02/2020, DJe 24/04/2020)

Da doutrina especializada extraem-se as seguintes considerações:

[...] Sob essa perspectiva, pode-se afirmar que se está em presença de situação similar (muito embora distinta) à análise *prima facie* da convenção de arbitragem (que pode se dar pelo Poder Judiciário ou pela instituição administradora do procedimento arbitral, conforme o caso). Esta também pode levar, em alguns casos, se não à inaplicabilidade, pelo menos à modulação do princípio competência-competência, quando reste absolutamente evidente e inequívoca, ainda que mediante mera análise perfunctória ("*prima facie*"), a inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem no caso concreto. (Maira de

Melo Vieira. Execução específica de cláusula compromissória vazia e competência-competência: revisitando regras elementares à luz da decisão do STJ no REsp 1.082.498/MT. In Arnaldo Wald (Coord.). Revista de arbitragem e mediação. v. 38, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2005, p. 374)

[...] nossa opinião pessoal é que não cabem medidas prévias para impedir a arbitragem, ressalvados tão somente os casos real e ostensivamente aberrantes, aplicando-se, por analogia, contra a possível utilização do Juízo arbitral o critério que se aplica à utilização do mandado de segurança em relação às decisões judiciais das quais caiba recurso com efeito suspensivo.

[...]

25. Assim sendo, podemos afirmar que, de acordo com a nossa legislação, que aliás acompanha a posição da legislação da maioria dos países que tratam da matéria recentemente, assim como as lições da melhor doutrina, a apreciação da validade da convenção de arbitragem só deve ocorrer por parte dos tribunais após o julgamento dos árbitros, não podendo precedê-lo. (Wald, Arnaldo. Os Meios Judiciais do Controle da Sentença Arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação: RArb. v. 1, n. 1, jan./abr. 2004)

Emmanuel Gaillard *sugere que o juiz só possa declarar a invalidade da convenção arbitral quando o vício for reconhecível prima facie, ou seja, de pronto, sem necessidade de maior exame. Parece que o ilustre professor parisiense tem razão, já que a limitação da cognição do juiz apenas a aspectos que desde logo pode detectar, sem maiores indagações (cognição sumária, portanto), harmoniza-se com o princípio da kompetenz-kompetenz adotado pela Lei. Se assim for, poderia o juiz togado reconhecer a invalidade de um compromisso arbitral a que falte qualquer de seus requisitos essenciais, ou a impossibilidade de fazer valer uma convenção arbitral que diga respeito a uma questão de direito indisponível; mas não poderia determinar o prosseguimento da instrução probatória para verificar o alcance da convenção arbitral ou para aferir se algum dos contratantes teria sido forçado ou induzido a celebrar o convênio arbitral.* (Carmona, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei n. 9.307/96. 3ª Edição. São Paulo: Atlas. 2009. p. 177)

Na hipótese dos autos, todavia, a convenção arbitral ajustada pelas partes, por meio da cláusula compromissória (cheia) inserta no contrato de empreitada estabelecido entre as partes – devidamente referenciada na sentença extintiva –, não guarda, em si, nenhum vício detectável à primeira vista, passível de reconhecimento, de imediato, pelo Poder Judiciário.

Em face de sua clareza, oportuna seja ela aqui transcrita (e-STJ, fl. 268):

Cláusula XXI - Arbitragem

21.1. Em caso de qualquer disputa, reivindicação ou controvérsia resultante do presente Contrato ou a ele relacionada, as Partes deverão enviar os seus

melhores esforços para resolvê-la amigavelmente. Para esse fim, as Partes deverão negociar de boa fé para obter uma solução de forma satisfatória e justa para as Partes.

21.2. *Se, entretanto, as Partes não puderem chegar a um acordo, a disputa, reivindicação ou controvérsia deverá ser resolvida por meio de Arbitragem realizada de acordo com as regras do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil -Canadá, aplicando-se subsidiariamente a Lei Federal n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.*

[...]

21.5. *O Tribunal Arbitral deverá ser composto por 3 (três) árbitros, todos brasileiros, com qualificação necessária em questões comerciais e de negócios, sendo que a Contratante deverá nomear um árbitro, devendo o Contratado nomear o segundo árbitro, conforme disposto no item 21.3, sendo que o Presidente do Tribunal Arbitral, será nomeado pelos dois primeiros árbitros. Caso não haja acordo entre os árbitros quanto à nomeação do Presidente do Tribunal Arbitral, dentro do prazo estabelecido pelas regras do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, o Presidente do referido tribunal deverá ser nomeado pelo Presidente da mencionada Câmara dentro de 10 (dez) dias, contados do prazo limite estabelecido pelas regras da referida Câmara, não obstante o que estiver estabelecido em contrário nas regras da Câmara.*

21.6. *O Tribunal Arbitral deverá ser constituído na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, Brasil e os procedimentos deverão ser conduzidos em português.*

[...]

21.8. *A arbitragem será o método exclusivo para resolver qualquer disputa, reivindicação ou controvérsia resultante do presente Contrato ou a ele relacionada.*

No particular, é relevante ressaltar que o Tribunal de origem, ao deixar de evidenciar qualquer patologia da convenção arbitral, estribando-se unicamente na pretensão, em abstrato, expendida pela demandante de declaração de nulidade/inexistência do contrato principal, entendeu por bem afastar a competência da jurisdição arbitral, sem nenhum substrato legal para tanto.

Ainda quanto à inexistência de vício perceptível *prima facie* a respeito da convenção de arbitragem em comento, afigura-se de todo descabido conferir ao contrato em tela a qualidade de “adesão”, tal como impropriamente alega a parte demandante.

O presente registro revela-se oportuno apenas para que dúvidas não remanesçam quanto à inaplicabilidade, à espécie, do § 2º do art. 4º da Lei n. 9.307/1996, em momento algum questionado pela parte demandante. Afinal, de acordo com julgados desta Corte de Justiça (*ut* REsp 1.602.076/SP, Rel.

Ministra Nancy Andriahi, julgado em 15/09/2016, DJe 30/09/2016; REsp 1.803.752/SP, Rel. Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, julgado em 04/02/2020, DJe 24/04/2020), a inobservância das formalidades previstas no aludido dispositivo legal, *específica para os contratos de adesão*, autoriza a declaração imediata de nulidade da convenção arbitral pelo Poder Judiciário.

Sob o aspecto formal, consigna-se que a única exigência tecida pela Lei n. 9.307/1996 para o estabelecimento da convenção de arbitragem, por meio de cláusula compromissória – *em não se tratando de contrato de adesão* –, é que esta se dê por escrito, seja no bojo do próprio instrumento contratual, seja em documento apartado.

É isso que, claramente, dispõe o art. 4º da Lei n. 9.307/1996, *in verbis*:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserida no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Segundo a lei de regência, a exigência de aposição de assinatura no documento em que inserida a cláusula compromissória dá-se apenas nos chamados “contratos de adesão”, qualidade, é certo, que, em absoluto, se pode atribuir ao contrato de empreitada entabulado entre as partes, tal como chegou deduzir a parte demandante em sua inicial.

A doutrina especializada, ao tratar do dispositivo legal em comento, é uníssona em assentar que a proteção legal ao contratante aderente decorre de sua vulnerabilidade ou hipossuficiência, sendo comum a menção, a título de exemplo, a contratos de consumo, de seguros, de transporte público, em que a assimetria da relação jurídica das partes afigura-se inerente a tais espécies contratuais.

Revela-se inquestionável o propósito da Lei de Arbitragem de assegurar a plena e inequívoca ciência da cláusula compromissória arbitral por parte do aderente, que, em virtude de sua vulnerabilidade ou de sua hipossuficiência técnica, econômica ou informacional, não possui condições reais de dispor sobre

as cláusulas contratuais unilateralmente impostas pela outra parte contratante, exigindo-lhe, para tanto, que sua concordância com esta específica disposição contratual se dê por escrito em documento anexo ou em negrito, com a aposição de sua assinatura ou visto especial.

Com base na vulnerabilidade ou hipossuficiência da parte aderente, José Cretella Neto e Carlos Alberto Carmona justificam a aplicação da norma em questão, nos seguintes moldes (sem grifos no original):

*Contratos de adesão são aqueles em que as cláusulas não são livremente discutidas, e sim, impostas por uma das partes à outra, em razão, em geral, de um desequilíbrio de poder entre elas. São exemplos de contratos de adesão os de transporte público, os de seguro e adquirindo cada vez mais relevância, os chamados contratos de consumo. Opõe-se a esses contratos aqueles que a doutrina francesa denomina *contrats de gré a gré* (contratos de comum acordo).*

O Código de Defesa do Consumidor-CDC (Lei n. 8.079, de 11.09.1990) define contrato de adesão como “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo (art. 54, *caput*).

Nesses contratos, o consentimento da parte mais fraca a determinadas cláusulas é ilusório. Estas já vêm impressas ou datilografadas, sendo unilateralmente redigidas, e são cada vez mais comuns nos chamados contratos de massa. (Cretella Neto, José. Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, Lei Brasileira de Arbitragem, Instituições Internacionais de Arbitragem, Convenções Internacionais sobre Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 65

Caracterizam-se os contratos de adesão pela desigualdade entre as partes contratantes: basicamente, uma das partes, o polícitante, impõe à outra - o oblato - as condições e cláusulas que previamente redigiu. Não existe, assim, discussão a respeito do teor do contrato e suas cláusulas que previamente redigiu. Não existe, assim, discussão a respeito do teor do contrato e suas cláusulas, de modo que o oblato cinge-se a anuir à proposta do polícitante. Tais contratos supõem, antes de mais nada, a superioridade econômica de um dos contratantes, que fixa unilateralmente as cláusulas contratuais; o contratante economicamente mais fraco manifesta seu consentimento aceitando, pura e simplesmente, as condições gerais impostas pelo outro contratante; a proposta é, de regra, aberta a quem se interessar pela contratação; e a oferta é predeterminada, uniforme e rígida.

O legislador quis claramente favorecer o contratante economicamente mais fraco, a fim de evitar que a outra parte pudesse impor, nas condições gerais do contrato (às quais o oblato adere em bloco) também a solução de eventual controvérsia através da arbitragem (cláusula compromissória). (Carmona, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei n. 9.307/96. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 106)

Como anotado, o contrato de empreitada estabelecido entre as partes, destinado a viabilizar a construção e a implantação de duas unidades hidrelétricas integrantes do Complexo Energético Rio das Antas, sob qualquer ângulo que possa ser analisado, não pode ser qualificado como sendo “de adesão”.

Dessa espécie de contratação ressaem evidenciadas, necessariamente, a magnitude e a especificidade das obrigações contrapostas, de inequívoca grandeza econômica, a demandar, de parte a parte, indiscutível *know-how*, conhecimento técnico e estofo econômico-financeiro para discutir o teor das cláusulas contratuais, a afastar qualquer suposição, meramente retórica, de imposição ou subordinação entre os contratantes. Trata-se, pois, de tipo de contratação personalíssima, descontextualizada de qualquer padronização, em que os contratantes valem-se, *em tese e prima facie*, de plena liberdade para ajustar, segundo seus interesses e disponibilidade, as cláusulas contratuais às quais se vinculariam.

Não se tratando, pois, de contrato de adesão, a ensejar a observância das formalidades estabelecidas no § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem, não se identifica, em uma primeira vista, nenhuma patologia da convenção arbitral ajustada entre as partes, cabendo, pois, ao Tribunal arbitral, caso instado para tanto, deliberar sobre a sua própria competência e, caso reconhecida, analisar, por meio de instrução probatória exauriente, pontualmente, o alegado vício de consentimento a respeito do critério de remuneração do serviços de empreitada estipulado no contrato estabelecido entre as partes, que teria desbordado, segundo se apontou, da vontade efetivamente por elas externada no noticiado “contrato verbal” anterior, cuja execução já estava alegadamente em andamento.

Inexiste, portanto, nenhuma situação de excepcionalidade, a autorizar a inobservância do princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, norteador da arbitragem.

Em arremate, na esteira dos fundamentos acima delineados, dou provimento aos recursos especiais interpostos por Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e Companhia Energética do Rio das Antas – CERAN, para, acolhendo a exceção de jurisdição arbitral, extinguir o processo sem julgamento de mérito, com fundamento no art. 485, VII, do Código de Processo Civil.

Considerando que a sentença foi proferida ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, este diploma rege a fixação de honorários advocatícios.

No ponto, por maioria de votos, esta Terceira Turma, seguindo a proposição do Ministro Moura Ribeiro, com base no § 4º do art. 21 do CPC/1973, arbitrou a verba honorária no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), para cada um dos demandados, com correção monetária a partir da presente fixação.

Vencido este subscritor, seguido pela Ministra Nancy Andrighi, que, com base no § 4º do art. 21 do CPC/1973, arbitrava a verba sucumbencial no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em favor dos patronos dos demandados.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.725.736-CE (2018/0039765-0)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médica Ltda

Advogados: David Sombra Peixoto e outro(s) - CE016477

Nathalia Aparecida Sousa Dantas - CE022248

Mayara de Lima Paulo - CE027304

Dayena Pontes Cruz - CE020405

Recorrido: Maria Gadelha dos Reis - Espólio

Repr. por: Monica Gadelha dos Reis Malveira

Advogado: José Gadelha dos Reis - CE008085

EMENTA

Recurso especial. Direito Civil e Processual Civil. Saúde suplementar. Ação de obrigação de fazer c.c. pedido de antecipação da tutela. Serviço de homecare. Tutela deferida. Paciente portadora de Mal de Alzheimer. Morte da autora no decorrer do processo. Extinção do processo sem resolução de mérito. Revogação da tutela antecipada. Efeitos *ex tunc*. Restituição dos valores despendidos com fármacos, alimentação e materiais hospitalares. Descabimento. Boa-fé da demandada evidenciada.

1. O cerne da controvérsia situa-se em torno do pedido de restituição dos gastos suportados para o cumprimento da decisão interlocutória concessiva da tutela provisória à parte autora, tendo em vista a posterior revogação da medida quando da prolação da respectiva sentença.

2. Em relação aos benefícios previdenciários complementares, o posicionamento da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que há direito à devolução dos valores percebidos, em razão da revogação da antecipação dos efeitos da tutela pela sentença de mérito.

3. Entretanto, a repetibilidade da verba recebida, com base em antecipação de tutela, deve ser examinada sob o prisma da boa-fé objetiva.

4. Consoante destacado pelo acórdão recorrido, na hipótese dos autos, não há evidência de conduta contrária à boa-fé na postura da paciente falecida ou de sua família.

5. A revogação da antecipação de tutela não decorreu da inexistência do direito da postulante, tendo o processo sido extinto apenas em razão da morte da demandante e a inexistência de conteúdo condenatório que aproveitasse aos herdeiros da requerente, pois o objeto da demanda era apenas a concessão de assistência à saúde em favor da paciente falecida.

6. *Recurso especial conhecido e desprovido.*

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(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a).

Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Nancy Andriighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de abril de 2021 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 21.5.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial interposto por *Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médica Ltda.* com arrimo no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição da República em face do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (fls. 421/422):

Processo Civil. Apelação cível em ação de obrigação de fazer c/c pedido de antecipação da tutela. Serviço de homecare. Tutela deferida. Paciente portadora de Mal de Alzheimer. Morte da autora no decorrer do processo. Extinção do feito sem resolução de mérito. Revogação da tutela antecipada. Efeitos *ex tunc*. Impossibilidade. Restituição dos valores despendidos com fármacos, alimentação e materiais hospitalares. Descabimento. Boa-fé da demandada evidenciada. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida.

1. *In casu*, com o falecimento da demandante e após requerimento das partes, o Juízo de plano extinguiu o processo sem resolução do mérito, por entender inexistir conteúdo condenatório que aproveite aos herdeiros da requerente. A promovida manejou Embargos de Declaração objetivando a revogação da tutela antecipada já concedida, que consistia no fornecimento de alimentação enteral e sonda, além de materiais hospitalares e medicamento necessário à autora, e a liquidação dos gastos em seu favor. Os Aclaratórios restam acolhidos em parte, sendo revogada a decisão que antecipou parte dos efeitos da tutela pretendida, com efeitos *ex nunc*, deixando o Magistrado de determinar a liquidação dos gastos efetuados em função da autora por entender serem de natureza irrepetíveis.

2. Irresignada, a operadora de saúde interpôs recurso de apelação alegando que com a extinção do feito é devido o ressarcimento dos valores despendidos com o tratamento da falecida em razão da decisão liminar que restou revogada.

3. No que se refere à devolução dos valores referentes ao custeio dos medicamentos e materiais que foram fornecidos à parte autora até seu falecimento, ressalte que há duas posições sobre o tema. Um primeiro entendimento, majoritário, isenta o autor do processo de devolver os valores, sob fundamento de que os valores são irrepetíveis. O segundo entendimento afirma que é possível a devolução desde que demonstrada a má-fé da parte autora (fraude, simulação, conluio, etc).

4. *In casu*, analisando a decisão interlocutória de fls. 29-31, é de reconhecer que o fornecimento do serviço Unimed Lar – Home Care e o recebimento dos fármacos, alimentação e materiais se deram com amparo em decisão judicial que se pautou pela íntima convicção do Julgador e diante da verossimilhança das alegações.

5. No caso em liça, a parte demandante demonstrou à saciedade a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo caso não fosse deferida a tutela pretendida.

6. Desta feita, não havendo má-fé, bem como por ter natureza irrepetível (semelhante à verba alimentar), não há que se falar em necessidade de restituição dos valores despendidos pelo plano de saúde recorrente para o fornecimento de assistência domiciliar e na aquisição dos fármacos, alimentação e materiais alcançados à parte autora.

7. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida.

Em suas razões de recurso especial, a recorrente apontou violação ao art. 302, *caput* e inciso III, do Código de Processo Civil/15, sob o fundamento de que devida a restituição dos gastos suportados para o cumprimento da decisão interlocutória que concedeu a tutela provisória à parte autora, tendo em vista a posterior revogação da medida. Acenou pela ocorrência de dissídio jurisprudencial. Requeru, por fim, o provimento do recurso especial.

Houve apresentação de contrarrazões às fls. 499/506.

É o relatório.

VOTO

Eminentes Colegas, o recurso especial não merece provimento.

O cerne da controvérsia devolvida ao conhecimento desta Corte situa-se em torno do pedido de restituição dos gastos suportados para o cumprimento da decisão interlocutória que concedeu a tutela provisória à parte autora, tendo em vista a posterior revogação da medida quando da prolação da respectiva sentença.

Consta dos autos que *Maria Gadelha dos Reis* ajuizou ação de obrigação de fazer, com pedido de antecipação de tutela, contra *Unimed de Fortaleza S/A Cooperativa de Trabalho Médico Ltda.*

A autora pugnou, em sede de antecipação de tutela, pelo fornecimento de alimentação enteral e sonda, bem como de materiais hospitalares e medicamentos necessários ao seu tratamento, tendo em vista ser portadora de Mal de Alzheimer.

O Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Limoeiro do Norte/CE, concedeu o pedido de antecipação de tutela.

Posteriormente, com o falecimento da demandante e, diante de requerimento das partes, o juízo de primeiro grau, extinguiu o processo, sem resolução, por entender inexistente conteúdo condenatório em proveito dos herdeiros da requerente.

A demandada opôs embargos de declaração alegando omissão por parte do juiz *a quo*, objetivando a revogação da tutela antecipada concedida e a liquidação dos gastos em seu favor.

O juízo de primeiro grau deu parcial provimento aos aclaratórios para revogar a decisão que antecipou parte dos efeitos da tutela pretendida. No entanto, indeferiu o pedido de liquidação dos gastos efetuados por considerá-los de natureza irrepetível.

Irresignada, a demandada interpôs recurso de apelação.

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará negou provimento ao reclamo conforme a ementa acima transcrita. Ao julgar o recurso de apelação, o Tribunal de Justiça cearense concluiu no sentido da impossibilidade de repetição dos valores, sob os seguintes fundamentos (fls. 424/428):

(...)

Questão importante na judicialização da saúde é saber se é necessária a devolução dos valores do fornecimento de alimentação enteral e sonda, bem como de materiais hospitalares e medicamentos necessários ao tratamento da autora, hoje falecida, adquiridos por ordem judicial nas hipóteses de revogação da tutela antecipada, de improcedência do pedido ou de extinção do processo sem resolução do mérito.

Em relação a matéria, tenho adotado entendimento no sentido de que a improcedência ou a extinção sem resolução de mérito de ação onde postulado o fornecimento de prestações de saúde pelos planos de saúde não implica na necessária restituição de valores relativos à aquisição de fármacos ou despesas com tratamento advindos de antecipação dos efeitos da tutela deferida nos autos.

No que se refere à devolução dos valores referentes ao custeio dos medicamentos e materiais que foram fornecidos à parte autora até seu falecimento, cumpre que sejam tecidas algumas considerações.

Há duas posições sobre o tema. Um primeiro entendimento, majoritário, isenta o autor do processo a devolver os valores. O principal fundamento aponta que os valores são irrepetíveis.

(...)

O segundo entendimento afirma que é possível a devolução desde que demonstrada a má-fé da parte autora (fraude, simulação, conluio, etc).

(...)

Analisando a decisão interlocutória de fls. 29-31, é de reconhecer que o fornecimento do serviço Unimed Lar – Home Care e o recebimento dos fármacos, alimentação e materiais se deram com amparo em decisão judicial que se pautou pela íntima convicção do Julgador e diante da verossimilhança das alegações.

No caso em liça, a parte demandante demonstrou à saciedade a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo caso não tenha sido deferida a tutela pretendida.

Importante destacar que o “O serviço de Home Care (tratamento domiciliar) constitui desdobramento do tratamento hospitalar contratualmente previsto que não pode ser limitado pela operadora do plano de saúde e que, na dúvida, a interpretação das cláusulas dos contratos de adesão deve ser feita da forma mais favorável ao consumidor” (REsp n. 1.378.707/RJ, Rel. Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, Terceira Turma, DJe 15/6/2015).

Desta feita, não havendo má-fé, bem como por ter natureza irrepitível (semelhante à verba alimentar), não há que se falar em necessidade de restituição dos valores despendidos pelo plano de saúde recorrente para o fornecimento de assistência domiciliar e na aquisição dos fármacos, alimentação e materiais alcançados à parte autora (g.n.).

Entendo que o posicionamento do Tribunal de Justiça de origem não merece reparos.

1. Da Boa-Fé e Tutela Antecipada:

Essa questão dos efeitos da revogação da tutela antecipada tem sido analisado por esta Corte no âmbito da previdência complementar.

Com efeito, analisando a concessão de tutela antecipada, em relação aos benefícios previdenciários complementares, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.555.853/RS, de Relatoria do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, firmou entendimento de que a tutela antecipada é um provimento judicial provisório e, em regra, reversível, devendo a repetibilidade da verba previdenciária recebida, antecipadamente, ser examinada sob o prisma da boa-fé objetiva.

A propósito:

Recurso especial. Civil e Processual Civil. Previdência privada. Benefício previdenciário complementar. Recebimento provisório. Tutela antecipada concedida. Posterior revogação. Devolução dos valores. Necessidade. Medida de natureza precária. Reversibilidade. Ausência de boa-fé objetiva. Desconto em folha de pagamento. Possibilidade. Verba de natureza alimentar. Parâmetros.

1. Cinge-se a controvérsia a saber se a revogação da tutela antecipada obriga o assistido de plano de previdência privada a devolver os valores recebidos com base na decisão provisória, ou seja, busca-se definir se tais verbas são repetíveis ou irrepitíveis.

2. O Supremo Tribunal Federal já assentou inexistir repercussão geral quanto ao tema da possibilidade de devolução dos valores de benefício previdenciário recebidos em virtude de tutela antecipada posteriormente revogada, porquanto o exame da questão constitucional não prescinde da prévia análise de normas infraconstitucionais, o que se traduziria em eventual ofensa reflexa à Constituição Federal, incapaz de ser conhecida na via do recurso extraordinário (ARE n. 722.421 RG/MG).

3. A tutela antecipada é um provimento judicial provisório e, em regra, reversível (art. 273, § 2º, do CPC), devendo a irrepetibilidade da verba previdenciária recebida indevidamente ser examinada não somente sob o aspecto de sua natureza alimentar, mas também sob o prisma da boa-fé objetiva, que consiste na presunção de definitividade do pagamento. Precedente da Primeira Seção, firmado em recurso especial representativo de controvérsia (REsp n. 1.401.560/MT).

4. Os valores recebidos precariamente são legítimos enquanto vigorar o título judicial antecipatório, o que caracteriza a boa-fé subjetiva do autor. Entretanto, como isso não enseja a presunção de que tais verbas, ainda que alimentares, integram o seu patrimônio em definitivo, não há a configuração da boa-fé objetiva, a acarretar, portanto, o dever de devolução em caso de revogação da medida provisória, até mesmo como forma de se evitar o enriquecimento sem causa do então beneficiado (arts. 884 e 885 do CC e 475-O, I, do CPC).

5. A boa-fé objetiva estará presente, tornando irrepetível a verba previdenciária recebida indevidamente, se restar evidente a legítima expectativa de titularidade do direito pelo beneficiário, isto é, de que o pagamento assumiu ares de definitividade, a exemplo de erros administrativos cometidos pela própria entidade pagadora ou de provimentos judiciais dotados de força definitiva (decisão judicial transitada em julgado e posteriormente rescindida). Precedentes.

6. As verbas de natureza alimentar do Direito de Família são irrepetíveis, porquanto regidas pelo binômio necessidade/possibilidade, ao contrário das verbas oriundas da suplementação de aposentadoria, que possuem índole contratual, estando sujeitas, portanto, à repetição.

7. Os valores de benefícios previdenciários complementares recebidos por força de tutela antecipada posteriormente revogada devem ser devolvidos, ante a reversibilidade da medida antecipatória, a ausência de boa-fé objetiva do beneficiário e a vedação do enriquecimento sem causa.

8. Como as verbas previdenciárias complementares são de natureza alimentar e periódica, e para não haver o comprometimento da subsistência do devedor, tornando efetivo o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), deve ser observado, na execução, o limite mensal de desconto em folha de pagamento de 10% (dez por cento) da renda mensal do benefício previdenciário suplementar até a satisfação integral do crédito.

9. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1.555.853/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 16/11/2015)

Posteriormente, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.548.749/RS, de Relatoria do Ministro *Luis Felipe Salomão*, sedimentou o entendimento de que os valores recebidos precariamente são legítimos enquanto vigorar o título judicial antecipatório, o que caracteriza a boa-fé do autor, apesar de não ensejar a presunção de que tais verbas, ainda que alimentares, integrem o seu patrimônio em definitivo.

A propósito:

Processual Civil e Previdência Complementar. Recurso especial. Apreciação de matéria constitucional, em sede de recurso especial. Inviabilidade. Julgamento afetado à Segunda Seção para pacificação de matéria no âmbito do STJ. Antecipação dos efeitos da tutela. Reparação de dano, decorrente de medida deferida nos autos. Possibilidade. Responsabilidade processual objetiva. Reconhecimento posterior da inexistência do direito. Obrigação de reparar o dano processual. Decorre da lei, não dependendo de prévios reconhecimento judicial e/ou pedido do lesado. Possibilidade de desconto, com atualização monetária, do percentual de 10% do montante do benefício suplementar, até que ocorra a compensação do dano. Utilização de analogia. Lei n. 8.112/1990.

1. Os danos causados a partir da execução de tutela antecipada (assim também a tutela cautelar e a execução provisória) são disciplinados pelo sistema processual vigente à revelia da indagação acerca da culpa da parte, ou se esta agiu de má-fé ou não. Com efeito, à luz da legislação, cuida-se de responsabilidade processual objetiva, bastando a existência do dano decorrente da pretensão deduzida em juízo para que sejam aplicados os arts. 273, § 3º, 475-O, incisos I e II, e 811 do CPC/1973 (correspondentes aos arts. 297, parágrafo único, 520, I e II, e 302 do novo CPC).

2. Em linha de princípio, a obrigação de indenizar o dano causado pela execução de tutela antecipada posteriormente revogada é consequência natural da improcedência do pedido, decorrência *ex lege* da sentença, e, por isso, independe de pronunciamento judicial, dispensando também, por lógica, pedido da parte interessada. A sentença de improcedência, quando revoga tutela antecipadamente concedida, constitui, como efeito secundário, título de certeza da obrigação de o autor indenizar o réu pelos danos eventualmente experimentados, cujo valor exato será posteriormente apurado em liquidação nos próprios autos.

3. É possível reconhecer à entidade previdenciária, cujo plano de benefícios que administra suportou as consequências materiais da antecipação de tutela (prejuízos), a possibilidade de desconto no percentual de 10% do montante total

do benefício mensalmente recebido pelo assistido, até que ocorra a integral compensação da verba percebida. A par de ser solução equitativa, a evitar o enriquecimento sem causa, cuida-se também de aplicação de analogia, em vista do disposto no art. 46, § 1º, da Lei n. 8.112/1990 - aplicável aos servidores públicos.

4. Ademais, por um lado, os valores recebidos precariamente são legítimos enquanto vigorar o título judicial antecipatório, o que caracteriza a boa-fé subjetiva do autor; entretanto, isso não enseja a presunção de que tais verbas, ainda que alimentares, integram o seu patrimônio em definitivo. Por outro lado, as verbas de natureza alimentar do Direito de Família são irrepetíveis, porquanto regidas pelo binômio necessidade-possibilidade, ao contrário das verbas oriundas da suplementação de aposentadoria. (REsp 1.555.853/RS, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, *Terceira Turma*, julgado em 10/11/2015, DJe 16/11/2015)

5. Recurso especial não provido. (REsp 1.548.749/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 13/04/2016, DJe 06/06/2016)

Verifica-se, portanto, que o posicionamento das duas turmas integrantes da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que há possibilidade de devolução dos valores percebidos, em razão da revogação da antecipação dos efeitos da tutela pela sentença de mérito em demandas envolvendo a previdência complementar, o que deve ser analisado à luz do princípio da boa-fé.

No presente caso, no âmbito da saúde suplementar, deve ser verificada a repetibilidade dos valores recebidos até a morte da paciente usuária do plano de saúde, devendo também ser examinada sob o prisma da boa-fé objetiva.

Na hipótese dos autos, consoante bem destacado pelo Tribunal de Justiça, não houve a demonstração de má-fé da demandante, a qual faleceu no transcurso do processo, tendo sido, por isso, decretada a extinção do processo pela perda superveniente do seu objeto.

Ressalte-se que a revogação da antecipação de tutela não decorreu da inexistência do direito da postulante.

Em verdade, o processo fora extinto apenas em razão da morte da parte requerente e a inexistência de conteúdo condenatório que aproveitasse aos herdeiros da requerente, tendo em vista a perda do objeto da demanda, que era apenas a concessão de assistência à saúde da autora.

Nesse contexto, em face da flagrante boa-fé da usuária demandante, entendendo indevida a restituição dos valores

2. *Da Dupla Conformação:*

Ainda utilizando como paradigma as demandas previdenciárias, há posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, em relação a benefícios previdenciários recebidos da Previdência Social, no sentido de que os valores de benefícios previdenciários recebidos por força de tutela antecipada posteriormente revogada devem ser devolvidos, haja vista a reversibilidade da medida antecipatória, ressalvando as hipóteses de dupla conformidade entre as decisões de primeiro e segundo grau.

A propósito:

Previdência social. Benefício previdenciário. Antecipação de tutela. Reversibilidade da decisão.

O grande número de ações, e a demora que disso resultou para a prestação jurisdicional, levou o legislador a antecipar a tutela judicial naqueles casos em que, desde logo, houvesse, a partir dos fatos conhecidos, uma grande verossimilhança no direito alegado pelo autor. O pressuposto básico do instituto é a reversibilidade da decisão judicial. Havendo perigo de irreversibilidade, não há tutela antecipada (CPC, art. 273, § 2º). Por isso, quando o juiz antecipa a tutela, está anunciando que seu *decisum* não é irreversível. Mal sucedida a demanda, o autor da ação responde pelo recebeu indevidamente. O argumento de que ele confiou no juiz ignora o fato de que a parte, no processo, está representada por advogado, o qual sabe que a antecipação de tutela tem natureza precária.

Para essa solução, há ainda o reforço do direito material. Um dos princípios gerais do direito é o de que não pode haver enriquecimento sem causa. Sendo um princípio geral, ele se aplica ao direito público, e com maior razão neste caso porque o lesado é o patrimônio público. O art. 115, II, da Lei n. 8.213, de 1991, é expresso no sentido de que os benefícios previdenciários pagos indevidamente estão sujeitos à repetição. Uma decisão do Superior Tribunal de Justiça que viesse a desconsiderá-lo estaria, por via transversa, deixando de aplicar norma legal que, *a contrario sensu*, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional. Com efeito, o art. 115, II, da Lei n. 8.213, de 1991, exige o que o art. 130, parágrafo único na redação originária (declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - ADI 675) dispensava.

Orientação a ser seguida nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil: a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos.

Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1.401.560/MT, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Primeira Seção, julgado em 12/02/2014, DJe 13/10/2015)

Recentemente:

Processual Civil e Previdenciário. Tutela antecipada. Cassação. Devolução de parcelas. Possibilidade. Dupla conformidade entre sentença e acórdão. Ausência. Decisão mantida. Aplicação de multa.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, “aos recursos interpostos com fundamento no CPC de 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. A Primeira Seção, no julgamento do REsp n. 1.401.560/MT, proferido sob o rito dos recursos repetitivos, assentou o entendimento de ser cabível a cobrança dos valores pagos em cumprimento de tutela provisória posteriormente cassada.

3. *A exceção ao caso de irrepetibilidade de parcelas pagas por decisão precária estabelecida pela Corte Especial, nos EREsp n. 1.086.154/RS, cinge-se às hipóteses de dupla conformidade entre sentença e acórdão, o que não é o caso dos autos.*

4. Esta Corte entende ser manifestamente inadmissível a interposição de agravo que questiona tema julgado sob o regime do art. 543-C do CPC de 1973 e da Resolução STJ 08/2008 (recurso repetitivo), havendo ensejo para a imposição da multa prevista no art. 1.021, §§ 4º e 5º, do CPC de 2015, a incidir, no caso, no percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado da causa. Precedentes.

5. Agravo interno desprovido, com aplicação de multa. (AgInt no REsp 1.661.313/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 22/05/2018, DJe 02/08/2018)

Entretanto, no julgamento do EREsp n. 1.086.154/RS, de Relatoria da Min. Nancy Andrigli, firmou-se o entendimento de que a dupla conformidade entre a sentença e o acórdão gera a estabilização da decisão de primeira instância, gerando no vencedor a legítima expectativa de que é titular do direito reconhecido na sentença e confirmado pelo Tribunal de segunda instância.

A propósito:

Processo Civil. Embargos de divergência em recurso especial. Sentença que determina o restabelecimento de pensão por morte. Confirmação pelo Tribunal de origem. Decisão reformada no julgamento do recurso especial. Devolução dos valores recebidos de boa-fé. Impossibilidade. Precedentes do STJ.

1. *A dupla conformidade entre a sentença e o acórdão gera a estabilização da decisão de primeira instância, de sorte que, de um lado, limita a possibilidade de recurso do vencido, tornando estável a relação jurídica submetida a julgamento; e, de outro, cria no vencedor a legítima expectativa de que é titular do direito reconhecido na sentença e confirmado pelo Tribunal de segunda instância.*

2. Essa expectativa legítima de titularidade do direito, advinda de ordem judicial com força definitiva, é suficiente para caracterizar a boa-fé exigida de quem recebe a verba de natureza alimentar posteriormente cassada, porque, no mínimo, confia - e, de fato, deve confiar - no acerto do duplo julgamento.

3. Por meio da edição da Súm. 34/AGU, a própria União reconhece a irrepetibilidade da verba recebida de boa-fé, por servidor público, em virtude de interpretação errônea ou inadequada da Lei pela Administração. Desse modo, e com maior razão, assim também deve ser entendido na hipótese em que o restabelecimento do benefício previdenciário dá-se por ordem judicial posteriormente reformada.

4. Na hipótese, impor ao embargado a obrigação de devolver a verba que por anos recebeu de boa-fé, em virtude de ordem judicial com força definitiva, não se mostra razoável, na medida em que, justamente pela natureza alimentar do benefício então restabelecido, pressupõe-se que os valores correspondentes foram por ele utilizados para a manutenção da própria subsistência e de sua família. Assim, a ordem de restituição de tudo o que foi recebido, seguida à perda do respectivo benefício, fere a dignidade da pessoa humana e abala a confiança que se espera haver dos jurisdicionados nas decisões judiciais.

5. Embargos de divergência no recurso especial conhecidos e desprovidos. (EREsp 1.086.154/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 20/11/2013, DJe 19/03/2014)

Verifica-se, portanto, não ser necessária a devolução dos valores recebidos por força de tutela antecipada concedida em sentença confirmada em segunda instância, porquanto a dupla conformidade entre a decisão de primeiro grau e o acórdão, enseja legítima expectativa de titularidade do direito, restando caracterizada sua boa-fé.

Essa mesma solução merece ser aplicada nas hipóteses de saúde suplementar, como o caso dos autos.

Por isso, deve ser reconhecida a irrepetibilidade de parcelas pagas por decisão precária, em face da dupla conformidade entre sentença e acórdão, visto que o Tribunal de origem não reformou o teor decisório de primeiro grau.

Destarte, pelos dois fundamentos acima aludidos, não merece ser acolhida a irresignação recursal.

Ante o exposto, com arrimo no art. 932, inciso IV, do Código de Processo Civil, conheço e nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.758.946-SP (2018/0058107-5)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: Andre Garcia - Espólio

Repr. por: Keila Gomes da Silva Garcia - Inventariante

Advogados: Luiz Manoel Gomes Junior - SP123351

Emerson Cortezia de Souza - SP208632

Recorrido: Elisa Parassu Borges - Espólio

Repr. por: Maria Elisa Borges Santos Alcantara Castilho - Inventariante

Advogados: Edilson Rodrigues Vieira - SP213650

Patrícia Helena de Ávila Jacyntho - SP127418

Rosemildes Cristina Fontes Dalkirane - SP346381

EMENTA

Recurso especial. Civil. Ação de reintegração de posse cumulada com pedido de rescisão contratual e de cobrança. Usufruto e arrendamento rural. Morte da usufrutuária durante o contrato de arrendamento. Extinção do direito real. Indispensável a averbação do cancelamento do usufruto no cartório imobiliário. Efeito constitutivo. Precariedade da posse dos sucessores. Injustiça da posse. Vício que somente se verifica perante a vítima da agressão possessória. Diversidade de relações jurídicas. Legitimidade ativa do espólio da arrendadora/usufrutuária fundada no contrato de arrendamento. Reconhecimento. Recurso especial desprovido.

1. Convém destacar que o recurso especial foi interposto contra decisão publicada após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, sendo analisados os pressupostos de admissibilidade recursais à luz do regramento nele previsto (Enunciado Administrativo n. 3/STJ).

2. O propósito recursal consiste em definir a legitimidade ativa do espólio da arrendadora/usufrutuária para a propositura, contra o arrendatário, de ação de reintegração de posse cumulada com pedido de rescisão do contrato de arrendamento rural e cobrança dos respectivos valores inadimplidos em período posterior à morte da usufrutuária.

3. O usufruto constitui espécie de direito real (art. 1.225, IV, do CC) que pode recair sobre “um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte deste, abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades” (art. 1.390 do CC), conferindo, temporariamente, a alguém – denominado usufrutuário – o “direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos” (art. 1.394 do CC), em relação ao bem objeto do usufruto.

4. Por se tratar de direito real, a sua constituição bem como a desconstituição, recaindo sobre imóvel, pressupõem o registro e a averbação do cancelamento na respectiva matrícula no Cartório de Registro de Imóveis, medidas estas dotadas de efeito constitutivo, sobretudo em relação a terceiros, como na hipótese, segundo se extrai do teor dos arts. 1.227 e 1.410, *caput*, do CC; e 167, II, 2, e 252 da Lei n. 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos).

5. Ademais, efetivado o usufruto, ocorre o desdobramento da posse, passando o proprietário à condição apenas de possuidor indireto, e o usufrutuário de possuidor direto. Havendo a cessão do exercício do usufruto, pelo usufrutuário, a terceiro, mediante contrato de arrendamento (art. 1.399 do CC), acarretará o desdobramento sucessivo da posse, sendo possuidores indiretos o proprietário e o usufrutuário/arrendador, e direto o arrendatário.

6. Sobrevindo a morte do usufrutuário (que é causa de extinção desse direito real), a posse, enquanto não devolvida ou reivindicada pelo proprietário, transmite-se aos sucessores daquele, mas com o caráter de injusta, dada a sua precariedade, excepcionando a regra do art. 1.206 do CC. Com isso, o possuidor não perde tal condição em decorrência da mácula que eventualmente recaia sobre sua posse.

7. Contudo, tal vício objetivo da posse repercute apenas na esfera jurídica da vítima do ato agressivo da posse e do agressor, em razão da sua relatividade, o que significa dizer que a justiça ou injustiça da posse não possui alcance *erga omnes*, revelando-se sempre justa em relação a terceiros.

8. O espólio, por se tratar de universalidade de direito, constitui-se pelo complexo de relações jurídicas titularizadas pelo autor da herança, nos moldes do art. 91 do CC, aí se incluindo, na espécie, a relação originária do arrendamento rural.

9. Portanto, a morte da arrendadora/usufrutuária (causa de extinção do usufruto, nos termos do art. 1.410, I, do CC) durante a vigência do contrato de arrendamento rural, sem a respectiva restituição ou reivindicação possessória pelo proprietário, tornando precária e injusta a posse exercida pelos sucessores daquela, não constitui óbice ao exercício dos direitos provenientes do contrato de arrendamento rural, no interregno da efetiva posse, pelo espólio da usufrutuária perante o terceiro arrendatário, porquanto diversas e autônomas as relações jurídicas de direito material de usufruto e de arrendamento.

10. Recurso especial desprovido.

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.

Brasília (DF), 08 de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 11.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Trata-se de recurso especial interposto pelo espólio de Andre Garcia, representado por Keila Gomes da Silva Garcia (inventariante), desafiando acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Denota-se dos autos que o espólio de Elisa Parassú Borges, representado por Lourival Pereira de Campos (inventariante), ajuizou ação de despejo cumulada com cobrança e rescisão contratual em desfavor do ora recorrente, almejando a resolução do contrato de arrendamento rural, a reintegração de posse do imóvel arrendado e o pagamento dos valores vencidos e não pagos concernentes ao período de 1º/11/2009 a 31/12/2014.

Foram julgados procedentes os pedidos formulados na exordial.

Inconformado, o então requerido interpôs apelação, a qual foi parcialmente provida pela Vigésima Quinta Câmara da Corte de origem para (e-STJ, fl. 444):

(i) reconhecer a prescrição das dívidas vencidas anteriormente a 26 de agosto de 2012; (ii) declarar nula a cláusula que impõe o pagamento conforme quantia fixa de frutos e seu equivalente em dinheiro; (iii) determinar que a condenação ao pagamento seja apurada fase de liquidação de sentença, por meio de perícia que fará o devido arbitramento, ressalvado acordo entre as partes quanto mais valores devidos.

Eis a ementa do acórdão recorrido (e-STJ, fl. 437):

Apelação. Ação de rescisão contratual c.c. cobrança. Arrendamento rural. Ilegitimidade ativa não configurada. Autor que era possuidor do bem à época da contratação, bastando ter a posse para que assumia a posição de arrendador. Posse garantida no curso de toda a vigência do contrato. Prescrição. Reconhecimento. Aplicação do prazo trienal previsto no art. 206, § 3º, I do Código Civil. Nulidade da cláusula que prevê como pagamento quantidade fixa de frutos ou produtos, ou seu equivalente em dinheiro. Necessidade de arbitramento. Recurso parcialmente provido.

Nas razões do recurso especial (e-STJ, fls. 447-452), fundamentado na alínea *a* do permissivo constitucional, o recorrente aponta como violado o art. 1.410, I, do Código Civil de 2002, sustentando, em suas argumentações, a ilegitimidade ativa do espólio de Elisa Parassú Borges para a propositura da respectiva demanda, uma vez que a posse da autora da herança sobre o imóvel objeto de arrendamento é oriunda de usufruto, o qual se extinguiu com a sua morte.

Defende, desse modo, que, tendo ocorrido o falecimento da usufrutuária em 2004, afigura-se evidente a ilegitimidade para ser parte ativa na referida ação, que tem como objeto o inadimplemento de valores provenientes de arrendamento rural durante o período compreendido entre 1º/11/2009 a 31/12/2014, quando já extinto o direito real de usufruto que legitimava a posse da arrendadora.

Sem contrarrazões.

Às fls. 506-517 (e-STJ), o recorrente junta petição da parte recorrida, que, nos Embargos à Execução Fiscal n. 5000320-29.2018.4.03.6138, alegou a sua ilegitimidade passiva para responder pelos tributos incidentes sobre o

imóvel objeto de usufruto e de arrendamento, justamente com fundamento na extinção do usufruto (decorrente da averbação do cancelamento desse direito real no cartório imobiliário em 9/11/2016), o que, segundo aponta o insurgente, também é a tese central do presente inconformismo, que, por isso, deve ser provido.

Intimada a parte contrária para manifestar-se (e-STJ, fl. 519), assere que as alegações do recorrente em nada alteram o crédito devido a favor do recorrido, destacando, ao final, que a citada execução fiscal prossegue normalmente em seu desfavor, constando, ainda, penhora no rosto dos autos do inventário e partilha de Elisa Parassú Borges (e-STJ, fls. 521-526).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): Convém destacar que o recurso especial foi interposto contra decisão publicada após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, sendo analisados os pressupostos de admissibilidade recursais à luz do regramento nele previsto (Enunciado Administrativo n. 3/STJ).

O propósito recursal consiste em definir a legitimidade ativa do espólio da usufrutuária/arrendadora para a propositura, contra os arrendatários, de ação de reintegração de posse cumulada com pedido de rescisão do contrato de arrendamento rural e cobrança dos respectivos valores inadimplidos referentes a período posterior à morte da usufrutuária.

1. Do delineamento fático dos autos

A presente ação de cobrança cumulada com pedido de rescisão contratual provém de “contrato particular de arrendamento agrícola”, figurando, de um lado, Elisa Parassú Borges, falecida no ano de 2004, na condição de usufrutuária (usufruto vitalício) e arrendadora do imóvel denominado “Fazenda Pitangueiras” e, de outro lado, André Garcia, também já falecido, na condição de arrendatário, pelo período de 1º/4/2002 até 31/10/2009.

O arrendatário, por sua vez, celebrou contrato de subarrendamento em favor de Márcio Paro, tendo como termo inicial a data de 8/6/2005, não participando da avença, todavia, a arrendadora primeva.

A despeito de o termo final estabelecido no contrato de arrendamento ter se implementado em outubro de 2009, não houve a respectiva restituição da posse sobre o bem por parte do subarrendatário nem pelo subarrendador/arrendatário primitivo, subsistindo a avença a partir de então por período indeterminado (nos termos do art. 95, IV, do Estatuto da Terra), o que ensejou a propositura da mencionada demanda de cobrança cumulada com pedido de rescisão contratual e reintegração de posse, pelo espólio da arrendadora inicial, em razão da manutenção possessória daqueles somada ao inadimplemento dos valores devidos entre 1º/11/2009 e 31/12/2014.

Na sentença, o Magistrado de primeiro grau, em preliminar, reconheceu a legitimidade ativa do espólio de Elisa Parassú Borges – sob o argumento de ser irrelevante que a propriedade do imóvel rural arrendado não pertença ao requerente, tendo em vista a existência de usufruto vitalício em seu favor sobre metade do bem – e, no mérito, julgou procedentes os pedidos, a fim de declarar rescindido o contrato, determinar a reintegração de posse ao espólio autor e, ao final, condenar o réu a pagar ao autor os valores vencidos entre 1º/11/2009 e 31/12/2014.

No ponto atinente à legitimidade ativa, a sentença foi mantida pelo TJSP, que assim se manifestou (e-STJ, fl. 439):

[...] Ainda que Elisa tenha falecido em 2004 e, com isso, tenha sido extinto o usufruto, o Espólio passou a substituí-la na relação jurídica celebrada com o réu e, durante todo o tempo de vigência do contrato, garantiu-lhe a posse do bem.

Desta feita, ainda que perante terceiros seja possível que o Espólio tenha que discutir a higidez de sua posse, perante o réu é evidente sua legitimidade para reivindicar as terras e cobrar as quantias devidas em razão do contrato celebrado.

Assim, delimita-se a presente controvérsia à aferição da legitimidade ativa do espólio recorrido à luz da higidez da sua posse, considerando o óbito da usufrutuária/arrendadora primeva (que é causa de extinção do usufruto) durante o curso da relação contratual de arrendamento rural firmado com o recorrente.

2. Da legitimidade ativa do espólio da usufrutuária/arrendadora

Registre-se, de início, que, a despeito de a causa ensejadora da respectiva ação fundar-se em posse, a qual, em princípio, não se enquadra como direito real, haja vista a ausência de previsão no rol do art. 1.225 do Código Civil – de tipicidade estrita, consoante entendimento majoritário –, a discussão travada

nesta instância extraordinária também perpassa pela análise do direito real de usufruto, que, em razão do implemento de uma das causas da sua extinção, supostamente retiraria a legitimidade do autor para o ajuizamento da demanda.

Sendo assim, de rigor a análise conjunta de ambas as questões (posse e usufruto), que, a par do seu *discrímen*, se correlacionam.

Quanto ao usufruto, este consiste em espécie de direito real (art. 1.225, IV, do CC) que pode recair sobre “um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte deste, abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades” (art. 1.390 do CC), conferindo, temporariamente, a alguém – denominado usufrutuário – o “direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos” (art. 1.394 do CC).

Dada a natureza de direito real, a sua constituição ou transmissão por ato entre vivos, se recair sobre imóvel, só se adquire com o registro no Cartório de Registro de Imóveis, nos termos do art. 1.227 do CC, ressalvados os casos expressos nesse diploma substantivo.

Eis o teor desse dispositivo legal:

Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.

Em raciocínio inverso, para a desconstituição do direito real sobre imóvel, afigurar-se-á imprescindível o cancelamento do registro no cartório imobiliário para que o direito anteriormente constituído deixe de irradiar efeitos, sobretudo em face de terceiros, visto que o registro é requisito para a eficácia *erga omnes* do direito real.

A propósito, o art. 167, II, 2, da Lei n. 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) assenta que, no Cartório de Registro de Imóveis, serão feitos, além da matrícula, a averbação, por cancelamento, da extinção dos ônus e direitos reais, complementando o art. 252 da lei de regência que “o registro, enquanto não cancelado, produz todos os efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido”.

Especificamente no que concerne ao usufruto, tal viés intelectualivo é ainda reforçado expressamente no art. 1.410 do CC (que prevê as hipóteses de sua extinção), enunciando que “o usufruto extingue-se, cancelando o registro no Cartório de Registro de Imóveis”.

Nessa toada, assenta-se que, tratando-se de bem imóvel, o registro coloca-se como pressuposto necessário – tanto à constituição quanto à desconstituição do direito real de usufruto –, a partir do qual passará a produzir os seus consectários legais, sobretudo em relação a terceiros.

Em tal ótica, assentam as seguintes doutrinas:

É verdade que o cancelamento do registro no cartório imobiliário é o momento em que se concede eficácia à extinção do usufruto (efeito constitutivo), mas não custa lembrar que o usufruto pode recair em bens móveis e bens imateriais, não sendo cabida a referência, *in casu*, ao ato registral (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Anderson Schreiber ... [et al.] - Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.048).

Não basta a concorrência das causas indicadas, sendo indispensável o cancelamento do registro no Cartório de Registro de Imóveis, o que enseja publicidade. Além disso, como está na letra do art. 252 da Lei dos Registros Públicos, enquanto não cancelado, o registro produz os seus efeitos legais. O registro conhece eficácia plena enquanto não cancelado. Somente com o cancelamento desaparece a presunção legal de que o direito real pertence à pessoa em cujo nome está registrado. A exigência se põe em se tratando de usufruto de imóvel (VIANA, Marco Aurelio da Silva. *Comentários ao novo Código Civil - Volume XVI: dos direitos reais* - Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 788).

É certo que, havendo a morte da parte usufrutuária, exsurge causa extintiva do usufruto (art. 1.410, I, do CC), o qual, diante do seu caráter personalíssimo, não se transmite aos herdeiros, sendo descabida no ordenamento jurídico brasileiro a sucessividade desse direito real.

Assim expressa Sílvio de Salvo Venosa:

A regra básica dirigida ao usufruto da pessoa natural é que não pode durar além de sua existência. A morte do usufrutuário extingue-o, não sendo transferido a seus herdeiros. Sustenta-se que em nosso direito não pode haver outra modalidade de sucessividade (*Direito civil: reais* - 20ª ed. - São Paulo: Atlas, 2020, p. 564).

Contudo, diante do efeito constitutivo do registro no cartório imobiliário, o falecimento do usufrutuário não opera efeitos automaticamente, de forma que, mesmo sendo descabida a sucessão do usufruto, as implicações deste subsistirão enquanto não cancelado o registro e retomado o pleno domínio do bem pelo proprietário.

Na hipótese, a relação jurídica em litígio consubstancia-se em contrato de arrendamento rural (relação contratual de direito pessoal/obrigacional), ao passo

que o usufruto – embora tenha alicerçado a posse legitimadora à celebração do arrendamento – constitui relação jurídica material diversa (de direito real), na qual se inserem apenas a usufrutuária e o proprietário, sendo o arrendatário considerado terceiro na relação jurídica de direito real.

Ressalte-se, nesse sentido, que a cessão do exercício do usufruto ao terceiro arrendatário (ora insurgente), mediante contrato de arrendamento, não tem o condão de integrá-lo à relação jurídica do usufruto em si, notadamente diante da vedação expressa de alienação desse direito real (art. 1.393, primeira parte, do CC).

Aliás, pelo princípio da relatividade dos contratos, o contrato só produz efeitos em relação às partes que nele pactuaram.

Por outro lado, malgrado concretizada hipótese de extinção do usufruto com a morte da usufrutuária, no ano de 2004, durante a vigência do contrato de arrendamento rural pactuado entre ela (arrendadora) e o arrendatário demandante, a notícia que se tem, conforme petição protocolada (e-STJ, fls. 506-517), em 22/5/2019, pela parte insurgente, é de ter sido averbado o cancelamento do usufruto na matrícula do imóvel “Fazenda Pitangueiras” em 9/11/2016, ou seja, em data posterior ao período de cobrança da presente demanda (1º/11/2009 a 31/12/2014), bem como ao seu ajuizamento, em 14/4/2015 (e-STJ, fl. 2).

Entretanto, consoante bem apontado pela parte recorrida, ao manifestar-se sobre a mencionada informação, tal circunstância superveniente em nada influi no resultado deste feito, em vista do efeito constitutivo prospectivo quanto aos terceiros, além do fato de que, como dito anteriormente, a ação tem como alicerce precipuamente a posse, que será examinada adiante.

Sob essa perspectiva, vê-se, com base nos arts. 1.390 e 1.394 do CC citados outrora, que o usufruto acarreta o desdobramento da posse; sendo possuidor indireto o proprietário, e direto o usufrutuário, o qual tem a prerrogativa de defender a sua posse em caso de ofensa, inclusive, contra aquele, utilizando-se dos remédios possessórios legais, conforme preconiza o art. 1.197 do CC.

Nessa linha de cognição, manifesta-se Marco Aurélio Bezerra de Melo:

Estabelece o art. 1.394 do Código Civil que “o usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos”. Conforme já tivemos oportunidade de referir no item 8.1 do Capítulo II, o artigo 1.197 do Código Civil permite o desdobramento da posse ao tornar possível que uma pessoa se torne possuidora direta de um bem e outra possuidora indireta. *No caso vertente, o nu-proprietário é possuidor indireto e o usufrutuário é possuidor direto. O direito à posse assegura*

ao usufrutuário a possibilidade de utilização dos remédios possessórios em caso de agressão. Esse direito, a propósito, pode ser exercido em face do nu-proprietário se este tentar recuperar a posse direta antes do término do usufruto. Também pode ser exercido contra o usufrutuário se finda a causa, o termo ou a condição que originou e este se recusar a restituir o bem amigavelmente (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: Coisas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 352-353, sem grifo no original).

Constituído efetiva e devidamente o usufruto, ao usufrutuário é dada a faculdade de cessão do exercício desse direito real a terceiro por título oneroso ou gratuito (art. 1.393), o que pode ser feito mediante arrendamento (como no caso em apreço), contanto que não se altere a destinação econômica do bem, a teor do art. 1.399, *in verbis*:

Art. 1.399. O usufrutuário pode usufruir em pessoa, ou mediante arrendamento, o prédio, mas não mudar-lhe a destinação econômica, sem expressa autorização do proprietário.

Com isso, o usufrutuário/arrendador, que antes se qualificava como possuidor direto passa à condição de possuidor indireto, assim como o proprietário do bem imóvel, ao mesmo tempo em que o arrendatário constituir-se-á o novo possuidor direto do bem, a evidenciar o desdobramento sucessivo da posse, com a existência de dois possuidores indiretos e um possuidor direto.

O contrato de arrendamento rural, a seu turno, está disciplinado no Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/1964), sobretudo nos arts. 92 a 95-A, merecendo destaque a redação do art. 92, *caput, in verbis*:

Art. 92. A posse ou uso temporário da terra serão exercidos em virtude de contrato expresso ou tácito, estabelecido entre o proprietário e os que nela exercem atividade agrícola ou pecuária, sob forma de arrendamento rural, de parceria agrícola, pecuária, agro-industrial e extrativa, nos termos desta Lei.

Pouco tempo depois de publicado o estatuto, sobreveio o Decreto n. 59.566/1966, regulamentando a matéria (arrendamento rural), segundo o qual “o arrendamento e a parceria são contratos agrários que a lei reconhece, para o fim de posse ou uso temporário da terra, entre o proprietário, *quem detenha a posse ou tenha a livre administração de um imóvel rural*, e aquele que nela exerça qualquer atividade agrícola, pecuária, agro-industrial, extrativa ou mista” (art. 1º, sem grifo no original).

Percebe-se, assim, que, tanto o Código Civil quanto o Estatuto da Terra (normatizado pelo Decreto n. 59.566/1966) legitimam a figurar como

arrendador não apenas o proprietário da terra objeto de arrendamento, mas também o possuidor ou quem tenha a livre administração do imóvel rural.

No caso em julgamento, o contrato de arrendamento foi firmado pela autora da herança como arrendadora (quando ainda em vida, na condição de usufrutuária do bem) com o autor da herança ora recorrente, quando, também, em vida.

Volvendo à questão possessória, é de notória sabença que a posse se reputará justa ou injusta, conforme se verifique (ou não) a existência de algum dos vícios objetivos que a maculam, quais sejam, violência, clandestinidade ou precariedade, segundo assentado no art. 1.200 do CC, que assim dispõe: “é justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.”

Preconiza, além disso, o art. 1.206 do CC a regra de que “a posse transmite-se aos herdeiros ou legatários do possuidor com os mesmos caracteres.”

Na espécie, é incontestável a posse justa da usufrutuária antes do seu falecimento. Todavia, a ausência de sua restituição ou reivindicação possessória pelo proprietário, após o óbito da usufrutuária por considerável lapso temporal, ensejou a transmissão da posse (e não do usufruto) aos herdeiros desta, mas com caráter diverso, transmudando-se de justa para injusta, porquanto precária, de maneira a excepcionar, a meu juízo, a regra do art. 1.206 do CC.

Isso porque, não obstante esteja viciada a posse pela precariedade, tal mácula, impende registrar, não interfere na concepção e definição de posse nem na qualificação de alguém como possuidor, mas apenas nos efeitos jurídicos da posse, sobretudo, no tocante à tutela possessória. O possuidor não perde esse caráter em virtude da justiça ou injustiça da posse.

Tais defeitos, ressalte-se, são dotados de relatividade, o que significa dizer que só encontram ressonância na esfera jurídica da vítima do ato agressivo da posse e do agressor, não se cogitando de posse injusta com caráter *erga omnes* e, por conseguinte, em face de terceiros. Nesse contexto, a posse sempre será justa em relação a terceiros.

No mesmo viés cognitivo, leciona Daniel Carnacchioni, em sua didática obra doutrinária (sem grifo no original):

De acordo com o art. 1.200 do CC, será injusta a posse adquirida materialmente por meio de violência, clandestinidade ou precariedade: vícios objetivos da posse, pois relacionados com o modo de aquisição. Tais vícios objetivos são *relativos* (somente é injusta em relação à vítima do ato aquisitivo) e *temporários* (não se prolongam no tempo indefinidamente).

A posse pressupõe exercício de poderes de fato em relação a determinada coisa. A aquisição da posse, pressuposto para o exercício do poder, pode ser justa ou injusta, a depender da presença ou ausência dos vícios mencionados.

Portanto, em conclusão, para se verificar a qualidade da posse, é necessário observar a forma ou modo de aquisição. Será justa se foi adquirida conforme o direito, com o que estará isenta dos vícios objetivos em questão que maculam a posse. Por outro lado, será injusta aquela cuja aquisição macula o direito. A injustiça da posse se caracterizará quando for adquirida de forma violenta, clandestina ou precária.

Os vícios objetivos da posse estão vinculados ao momento da aquisição (questão material, não jurídica). Assim, será justa ou injusta de acordo com a "forma" ou o modo pelo qual foi adquirida. E o fato material de aquisição e não o fundamento jurídico que irá qualificar a posse de justa ou injusta.

A posse, mesmo viciada e, portanto, injusta, é posse. Como já ressaltado, os vícios da posse não interferem na concepção da posse, na definição de posse e na qualificação de alguém como possuidor, mas apenas nos efeitos jurídicos ou nas consequências da posse.

O que importa ressaltar neste tópico são as características dos vícios que maculam a posse: Tais vícios objetivos são relativos e temporários. São relativos na medida em que somente podem ser acusados pela vítima, pois, no que se refere a terceiros, têm efeitos normais.

A posse somente é injusta relativamente a sujeito específico e determinado: a vítima da violência, clandestinidade ou precariedade. No que concerne a terceiros (qualquer pessoa que não seja a vítima), a posse do autor do ato violento, clandestino ou que caracteriza precariedade será justa. Assim, a posse será injusta apenas em face do legítimo possuidor (a vítima dos atos violentos, clandestinos ou precários) e não produzirá efeitos quanto a este. Por exemplo, se "A", de forma violenta, adquire e ocupa a área do possuidor "B", a posse de "A" será qualificada como injusta, na medida em que foi adquirida de "B" de forma violenta (art. 1.200 do CC). "B" é a vítima da violência e, em referência a ele, a posse é injusta. Todavia, em relação a qualquer outra pessoa, que não seja "B", a posse de "A" será justa e suscetível de proteção. Isso ocorre porque, relativamente a outras pessoas, a posse não foi adquirida de forma violenta, clandestina ou precária. Assim, se "C" esbulhar ou molestar a posse de "A", este terá ação possessória e poderá defender a sua posse contra "C", mesmo que "A" tenha adquirido a posse de "B" de forma violenta. Por quê? O vício objetivo da posse é relativo à vítima dos atos de violência, precariedade e clandestinidade e, por isso, não alcança terceiros.

Para a defesa da posse em relação a terceiros, "A" será considerado possuidor justo, pois não a adquiriu de nenhum deles de forma violenta, clandestina ou precária. Portanto, basta que a posse seja justa tendo em consideração o adversário. E será justa quando não for adquirida do adversário ou daquele que a questiona pelos modos descritos no art. 1.200 do CC.

O fato é que, em função do caráter relativo dos vícios objetivos (art. 1.200), não existe posse injusta com caráter erga omnes. Os vícios objetivos só podem ser alegados pelo ofendido/vítima contra o agressor, sendo que tal posse sempre será justa em relação a terceiros. Contra estes, nenhum ato ilícito foi praticado. Quanto a terceiros, não houve aquisição da posse de forma violenta, clandestina ou precária. Então, são vícios relativos a alguém e esse “alguém” é a vítima. Só a vítima pode invocar os vícios objetivos para exercer a autotutela ou para utilizar os interditos possessórios.

O conceito de posse injusta somente é fundamental para fixar a legitimidade passiva nas ações possessórias. Aliás, esta é a única relevância dos vícios objetivos da posse. Saber se a posse é justa ou injusta é importante apenas para saber se o sujeito pode defender a sua posse contra determinada pessoa. Somente será réu na ação possessória quem obteve a posse por meio de um destes vícios objetivos (violência, clandestinidade e precariedade).

Os vícios objetivos da posse repercutirão em um único efeito da posse: a tutela possessória (possibilidade de a vítima invocar contra o possuidor injusto os interditos possessórios - artigo 1.210 do CC). Os vícios objetivos, que qualificam a posse como injusta, não terão relevância nos demais efeitos da posse. O possuidor justo terá tutela possessória contra o possuidor injusto. Não há tutela possessória contra possuidor justo, mesmo se quem pretende a coisa também ostenta a condição de possuidor.

Portanto, há uma relação ou conexão direta e imediata entre as ações possessórias, principal efeito da posse, e os vícios objetivos da posse (justa ou injusta). A vítima dos vícios objetivos terá legitimidade ativa para ação possessória e o legitimado passivo será o autor do esbulho, turbulação ou da ameaça (CARNACCHIONI, Daniel. *Manual de direito civil: volume único*. 4ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2021, pp. 1.439-1.440, sem grifo no original).

Depreende-se, assim, que os ditames legais supramencionados colocam o usufruto como um dos pilares que amparam a posse legítima à celebração de contrato de arrendamento pelo usufrutuário, mas isso não torna o arrendamento um pacto acessório ao direito real de usufruto, pois, mesmo que se correlacionem, a relação jurídica do arrendamento (pessoal/obrigacional) é autônoma, podendo subsistir (ainda que sobrevenha causa extintiva do usufruto) através de posse precária, a qual somente se evidencia em detrimento do proprietário, e não do arrendatário que seja terceiro na relação de direito real.

Destaque-se, ainda, a natureza jurídica do espólio consistente em uma universalidade de direito, que, nos termos do art. 91 do CC, caracteriza-se como o complexo de relações jurídicas de uma pessoa (no caso, a autora da herança), dotadas de valor econômico, motivo pelo qual a relação jurídica de

direito pessoal decorrente do contrato de arrendamento integra o espólio da arrendadora/usufrutuária.

Além disso, segundo a cognição prevalente nesta Corte Superior, o espólio, a despeito de não possuir personalidade jurídica, é dotado de personalidade judiciária, ou seja, possui legitimidade processual, ressaíndo evidente, nesses termos, a legitimidade ativa do espólio da recorrida para a propositura da demanda em discussão.

A fim de corroborar tal afirmativa, mencionem-se os seguintes julgados do STJ: *REsp 1.340.805/PE*, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 4/6/2019, DJe 10/6/2019; *REsp 774.911/MG*, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 18/10/2005, DJ 20/2/2006; *RMS 8.967/SP*, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 19/11/1998, DJ 22/3/1999; e *REsp 41.514/SP*, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 27/8/1996, DJ 17/2/1997.

Não se olvide que a legitimidade do espólio da usufrutuária não retira a legitimidade do proprietário do bem objeto de usufruto para requerer as tutelas possessória e/ou petítoria cabíveis contra quem quer que injustamente possua ou detenha o bem de sua titularidade.

Em norte semelhante, há julgado do STJ, no sentido de que, com a morte do usufrutuário (e conseqüente extinção do usufruto) o proprietário tem legitimidade para ajuizar ação de despejo diretamente em desfavor do locatário.

A propósito (sem grifo no original):

Locação e Processual Civil. Ofensa ao art. 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil. Omissão inexistente. Fundamentos contrários aos interesses das partes. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Cerceamento de defesa. Regularidade de notificação reexame de matéria fático-probatória. Incidência da Súmula n. 07 desta Corte. Extinção do usufruto. Ação de despejo. Direito do nu-proprietário. *Reformatio in pejus*. Não ocorrência.

1. A ofensa ao art. 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil não subsiste, pois verifica-se que a Corte de origem solucionou a quaestio juris de maneira clara e coerente, apresentando todas as questões que firmaram o seu convencimento.

2. A inversão do julgado, no sentido de se reconhecer a ilegitimidade ativa *ad causam*, o cerceamento de defesa e a irregularidade da notificação, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, atraindo o óbice da Súmula n. 07 desta Corte.

3. Ocorrendo a extinção do usufruto, o nu-proprietário reveste-se do pleno domínio do imóvel, estando, portanto, apto a ajuizar ação de despejo em face da locatária.

4. Esta Corte Superior de Justiça tem entendimento no sentido de que não ocorre *reformatio in pejus* nem julgamento extra ou ultra petita quando o Tribunal a quo, mantendo a sentença de primeiro grau, resolve a controvérsia assentado em fundamento ou dispositivo legal distinto, desde que calcado nos elementos jurídicos e fáticos que compõem a lide.

5. Recurso especial desprovido.

(REsp 736.954/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 24/04/2007, DJ 28/05/2007, p. 392)

Conclui-se, portanto, que a morte da arrendadora/usufrutuária (causa de extinção do usufruto, nos termos do art. 1.410, I, do CC) durante a vigência do contrato de arrendamento rural, sem a respectiva restituição ou reivindicação possessória pelo proprietário, tornando precária e injusta a posse exercida pelos sucessores daquela, não constitui óbice ao exercício dos direitos provenientes do contrato de arrendamento rural, no interregno da efetiva posse, pelo espólio da usufrutuária perante o terceiro arrendatário, porquanto diversas e autônomas as relações jurídicas de direito material de usufruto e de arrendamento.

Enfatize-se, ademais, que o REsp n. 1.273.222/SP (apontado nas razões recursais, a fim de amparar a tese do recorrente) consubstancia-se em situação fática distinta, visto que, nessa ocasião, havia sido proposta ação de reintegração de posse *pelos legítimos proprietários do bem*, em desfavor de quem injustamente se encontrava na posse do imóvel que tinha sido objeto de usufruto, diante da morte do usufrutuário.

Transcreve-se, oportunamente, a ementa do citado julgado:

Recurso especial. Direito Civil. Ação de reintegração de posse. Violação de dispositivo constitucional. Inviabilidade. Usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. Revisão do julgamento. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Direito real de habitação. Cônjuge sobrevivente. Aclaratórios. Prequestionamento. Ausência de caráter protelatório.

1. A análise de suposta violação a dispositivos e princípios da Lei Maior é vedada em sede especial, sob pena de usurpação da competência atribuída pelo constituinte ao Supremo Tribunal Federal.

2. A revisão, em sede de recurso especial, do julgamento realizado pelo Tribunal de origem, com base no complexo fático-probatório, encontra óbice no teor da Súmula 7 desta Corte Superior.

3. Conforme a jurisprudência desta Corte, o cônjuge sobrevivente tem direito real de habitação sobre o imóvel em que residia o casal, desde que seja o único

dessa natureza e que integre o patrimônio comum ou particular do cônjuge falecido no momento da abertura da sucessão.

4. Peculiaridade do caso, pois o cônjuge falecido já não era mais proprietário do imóvel residencial, mas mero usufrutuário, tendo sido extinto o usufruto pela sua morte.

5. Figurando a viúva sobrevivente como mera comodatária, correta a decisão concessiva da reintegração de posse em favor dos herdeiros do falecido.

6. Os embargos de declaração que objetivam prequestionar as matérias a serem submetidas às instâncias extraordinárias não se revestem de caráter procrastinatório, devendo ser afastada a multa prevista no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil (Súmula 98/STJ).

7. Recurso especial parcialmente provido apenas para afastar a multa.

(REsp 1.273.222/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/06/2013, DJe 21/06/2013)

Por derradeiro, aferida a legitimidade ativa do espólio para a propositura da respectiva ação de reintegração de posse cumulada com pedido de rescisão contratual e de cobrança, sobressai que a notícia superveniente de averbação da morte da usufrutuária na matrícula do imóvel (extinguindo efetivamente, com isso, o usufruto), por si só, em nada influi no resultado dos presentes autos, que versam tão somente sobre a relação jurídica de direito material decorrente do contrato de arrendamento agrícola, não podendo prejudicar, destaque-se, o direito do proprietário de reivindicar a sua posse, em decorrência dos limites subjetivos de eventual coisa julgada a ser formada.

3. Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, majoro os honorários devidos pelos advogados do autor (no percentual de 15% sobre o valor da condenação – fixado pelas instâncias ordinárias) para 18%.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.776.425-SP (2018/0284115-3)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: 'Associação Brasileira de Promoção do Design e Inovação Objeto Brasil'

Recorrente: Boschi Pigatti e Sigollo Sociedade de Advogados

Advogados: Flávia Machado Corchs Daza - SP292218

Leonardo Miessa de Micheli - SP271247

Caio Cesar Tessarini Rodrigues - SP321831

Recorrido: Adobe Systems Incorporated

Advogado: Thiago Pasini Conde e outro(s) - SP325135

EMENTA

Recurso especial. Direito Processual Civil. Exceção de pré-executividade. Extinção. Agravo de instrumento. Honorários de advogado. CPC de 2015. Legitimidade recursal concorrente da parte e do advogado.

1. A regra do art. 99, § 5º, do CPC, não trata da legitimidade recursal, mas da gratuidade judiciária e, notadamente, do requisito do preparo, deixando claro que, mesmo interposto recurso pela parte que seja beneficiária de gratuidade judiciária, mas que se limite a discutir os honorários de advogado, o preparo deverá ser realizado acaso o advogado também não seja beneficiário da gratuidade.

2. Não há confundir esse requisito de admissibilidade com aquele relativo à legitimidade recursal concorrente da parte e do próprio titular da verba de discutir os honorários de advogado.

3. A própria parte, seja na vigência do CPC de 1973, inclusive após o reconhecimento do direito autônomo dos advogados sobre a verba honorária, ou mesmo na vigência do CPC de 2015, pode interpor, concorrentemente com o titular da verba honorária, recurso acerca dos honorários de advogado.

4. *Recurso conhecido e 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, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a).

Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 11.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial interposto por *Associação Brasileira de Promoção do Design e Inovação Objeto Brasil*, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

Agravo de Instrumento. Honorários advocatícios Ação indenizatória em fase de liquidação de sentença Decisão que indeferiu pleito de arbitramento de honorários Honorários que pertencem ao advogado Legitimidade do advogado para postular a reforma da R. Decisão agravada Recurso interposto pela parte que não merece ser conhecido por ilegitimidade recursal. Não se conhece do recurso.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Nas razões do recurso especial a parte alegou ofensa aos artigos: 23 e 24 da Lei 8.906/94 e 85, § 14, do CPC, sustentando tanto a parte, quanto seu advogado contam com plena legitimidade para controverter acerca de honorários advocatícios, em que pese constituam direito autônomo do advogado. Referiram o enunciado 306/STJ e pediram o provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes Colegas. A discussão devolvida a esta Corte Superior diz com a legitimidade de a parte, em nome próprio, recorrer de decisão postulando a fixação de honorários de advogado.

Destaco que o acórdão recorrido não conheceu de agravo de instrumento interposto para discutir o direito à fixação de honorários de advogado em sede de exceção de pré-executividade extinta por perda superveniente de objeto.

A propósito, declarou o aresto combatido:

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu pleito de fixação de honorários em favor dos advogados que representam os interesses da Associação Brasileira de Promoção de Design e Inovação Objeto Brasil, ora agravante, nos autos.

O recurso não merece ser conhecido, portanto, por ilegitimidade recursal, eis que os honorários advocatícios tem natureza remuneratória e pertencem ao advogado, mostrando-se equivocada a interposição do recurso pela parte.

A jurisprudência desta Corte, contemporânea ao CPC de 1973, reconhecia às partes e aos advogados legitimidade concorrente para vindicar, em nome próprio, a fixação ou majoração dos honorários advocatícios estipulados pelo órgão julgador, a despeito de tal verba constituir direito autônomo do advogado.

Cumpra que se verifique se o art. 99, § 5º, do CPC, alterou esta legitimidade ao dispor:

Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

(...)

§ 4º A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça.

§ 5º Na hipótese do § 4º, o recurso que verse exclusivamente sobre valor de honorários de sucumbência fixados em favor do advogado de beneficiário estará sujeito a preparo, salvo se o próprio advogado demonstrar que tem direito à gratuidade.

A conclusão que ecoa desses enunciados normativos é a de que o dispositivo não alterou a legitimidade recursal em matéria de honorários sucumbenciais.

Com efeito, o artigo 99, especialmente o § 5º, não versa acerca de legitimidade recursal, mas do requisito do preparo, podendo-se dele extrair que, mesmo interposto recurso pela parte que seja beneficiária de gratuidade judiciária e que se limite a discutir os honorários de advogado, o preparo deverá ser realizado acaso o advogado também não seja beneficiário da gratuidade.

Tão somente isso.

A legislação em vigor permite que a própria parte, seja na vigência do CPC de 1973, inclusive após o reconhecimento do direito autônomo dos advogados pelo Estatuto da Advocacia, seja na vigência do CPC de 2015, em concorrência com o advogado, interponha recurso acerca de parcela que não é de sua titularidade.

Esta mesma concorrência se verifica em sede executiva, dela tratando **Rogério Licastro Torres de Melo**, enfatizando o seguinte:

Os honorários, portanto, constituem direito autônomo do advogado e, destarte, comportam execução pelo profissional da Advocacia independente da execução do crédito principal conferido à parte.

Tal realidade, apesar de não derivar da literalidade do CPC/1973, que era silente a respeito, já defluía do art. 23 do Estatuto da Advocacia atualmente vigente, o que *culminou por produzir sólida orientação jurisprudencial no STJ no sentido de reconhecer, bem antes da entrada em vigor do CPC/2015, a existência de legitimidade concorrente entre o advogado e o cliente para promover a execução da verba honorária.*

Por todos, merece destaque o acórdão proferido pelo STJ por ocasião do julgamento do Recurso Especial 828.300/SC, de relatoria do Min. Luiz Fux, DJ de 24.04.2008, cuja reprodução parcial de sua ementa é suficiente para revelar o entendimento consolidado daquela Corte acerca da admissão de execução da condenação honorária sucumbencial pelo advogado, como legitimado ativo, já antes da vigência do CPC/2015:

(...) 2. É cediço nesta Corte que a execução da sentença, na parte alusiva aos honorários resultantes da sucumbência, pode ser promovida tanto pela parte como pelo advogado. Precedentes:

(...)

Ainda previamente à entrada em vigor do CPC/2015, também a doutrina se posicionou no sentido da titularidade dos honorários sucumbenciais por parte do causídico. Em conhecido estudo sobre honorários advocatícios, Yussef Said Cahali escreveu com propriedade que "A sentença marca o momento histórico da aquisição do direito autônomo do advogado, pelo implemento da condição que lhe faz nascer esse direito; em outros termos, os honorários da sucumbência, a partir de então, pertencem definitivamente ao advogado que estava atuando na demanda". (in *Honorários Advocatícios - Sucumbenciais e por Arbitramento*, 1ª ed., Ed. Thomson Reuters Brasil 2019, Cap. I, 1ª parte, item 2)

Não me parece consentâneo, negar-se à parte legitimidade para, por exemplo, postular a majoração de honorários de advogado fixados pelo juízo,

mas, no mesmo processo, permitir-lhe a execução de valores cuja titularidade é de terceiro.

Reconheceu-se no art. 23 do Estatuto da Advocacia e se reforçou no CPC de 2015 a titularidade dos honorários e a possibilidade de o advogado, pois titular da verba a que o vencido foi condenado a pagar na ação ajuizada pelo seu representado, executá-la em nome próprio, *mesmo não sendo parte formal no processo em que ela foi originada e, assim, não constando do título executivo base para o cumprimento de sentença.*

Yussef Said Cahali (in *Honorários Advocatícios*, RT, 3ª ed., p. 804), ao comentar a norma do Estatuto da Advocacia, observava o seguinte:

Estabelecendo o art. 23 da Lei n. 8.906/94, que os honorários incluídos na condenação por sucumbência, pertencem ao advogado, *concedeu-se-lhe, agora, verdadeiramente, um direito próprio e autônomo* (expressão que antes era contestada por alguns), *com possibilidade de sua execução pelo próprio patrono*, ainda que tendo como causa geradora o mesmo fato do sucumbimento da parte adversa do cliente vitorioso. Com a titularidade do direito aos honorários da sucumbência, que agora lhe é expressamente atribuída, *o advogado é introduzido, de alguma forma na relação processual que se estabelece a partir da sentença condenatória nessa parte, quando antes, o processo seria quanto a ele uma res inter alios.*

Araken de Assis, ao analisar a legitimidade recursal do advogado mesmo após a entrada em vigor do Novo CPC, ressalta atuar ele como terceiro prejudicado, ponderando:

Legítima-se a interpor a apelação, relativamente à omissão dos honorários, ou à correção do valor fixado, porque divergente dos critérios gerais e particulares que regulam a espécie, quer a parte vencedora, quer o respectivo advogado.

É legítimo o advogado defender o direito que lhe consagra o art. 23 da Lei 8.906/1994 e o art. 85, § 14, na qualidade de terceiro prejudicado.

E esclarece que, mesmo sendo titular da verba, ostenta a qualidade de terceiro por que não é parte na relação jurídica processual:

O advogado é terceiro, apesar de titular do crédito e do seu interesse direto na resolução, porque (ainda) não figura como parte, e sua legitimidade concorre com a da parte.

Não lhe cabe, em nome próprio, impugnar o capítulo principal, embora este repercuta na verba honorária, mas o capítulo da sucumbência.

Exageradamente, negou-se a legitimidade da parte, atribuindo-a unicamente ao advogado, porque não se configuraria a utilidade na revisão da matéria. Essa posição ficou superada pela jurisprudência recente que admite legitimidade concorrente.

Não é razoável, pois, reconhecer-se que o direito aos honorários advocatícios sucumbenciais, que naturalmente se origina de ação ajuizada por parte que, no mais das vezes, não será a sua titular (à exceção de quando é ajuizada em causa própria), não possa ser em seu nome discutido.

Arruda Alvim, no seu *Manual de Direito Processual Civil* - edição publicada já sob a vigência do CPC de 2015 -, pontifica:

Outrossim, o advogado possui interesse recursal no que concerne à discussão do valor dos honorários estabelecidos pela decisão. Em tal caso, *apesar do direito do procurador de executar autonomamente a verba honorária (arts. 23 e 24 do Estatuto da Advocacia – Lei 8.906/1994), a jurisprudência já pacificou a legitimação concorrente da parte e de seu procurador para rediscutir a questão em sede recursal.* (18ª ed., Ed. Thomson Reuters, 2019, Cap. 18, item 31.4.2)

Assim, o acórdão recorrido merece ser reformado, reconhecendo-se legitimidade recursal concorrente à parte e ao titular dos honorários de advogado.

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso especial reconhecendo a legitimidade recursal concorrente da parte e do advogado e determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que prossiga no seu julgamento como entender de direito.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.907.391-RJ (2019/0164221-0)

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Recorrente: Global Transporte Oceânico S/A

Advogados: Márcio Luís Malta - RJ033339

Godofredo Mendes Vianna - RJ073562

Camila Mendes Vianna Cardoso - RJ06767

Ana Carolina Reis do Valle Monteiro - RJ123191

Lucas Leite Marques - RJ134595

Pedro Neiva de Santana Neto - DF028332

Mariana Dantas de Medeiros - DF039535

Recorrido: Enavi Reparos Navais Ltda

Advogado: Sérgio Leite de Oliveira - RJ063965

EMENTA

Processual Civil e Civil. Recurso especial. *Recurso manejado sob a égide do NCPC*. Negativa de prestação jurisdicional. Omissão. Inexistência. Ação de cobrança. Exceção do contrato não cumprido. Reparo em navio. Reprovação de parte dos serviços realizados por agência de classificação que impediu a concessão da autorização para navegação. Inadimplemento substancial do contrato. Reconhecimento. Recurso provido.

1. Aplica-se o NCPC a este julgamento 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*.

2. Devidamente analisada e discutida pelo Tribunal fluminense a questão referente a reprovação, pela agência de classificação, dos reparos realizados no navio, que impediram a concessão da autorização para sua navegação, com fundamento claro e expreso, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação dos arts. 489 e 1.022, ambos do NCPC.

3. Em decorrência do princípio da boa-fé objetiva, um contratante não pode exigir que o outro cumpra a obrigação que lhe cabe sem antes adimplir a sua (art. 476 do CC/02).

4. A arguição da *exceptio non adimpleti contractus* exige que o inadimplemento seja substancial, relevante, a ponto de causar desproporcionalidade na sinalagma entabulada entre os contratantes.

5. Na espécie, diante da necessidade de se realizar reparos em um navio, uma empresa especializada foi contratada para a prestação do serviço e alguns pontos foram reprovados pela agência classificadora, impedindo que a embarcação voltasse a operar, ou seja, o navio não poderia navegar, não serviria sequer para catraia, caracterizando o descumprimento substancial da obrigação pelo prestador do serviço, ensejando o acolhimento da arguição da exceção do contrato não cumprido.

6. Navio que não navega não serve, porque navegar é preciso.

7. Recurso especial 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, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a).

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), 22 de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

DJe 25.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Os autos noticiam que *Enavi Reparos Navais Ltda (Enavi)* propôs ação de cobrança contra *Global Transporte Oceânico S.A. (Global)*, pela falta de pagamento do serviço prestado.

Esclareceu que foi contratada pela *Global* para realizar serviço de docagem em navio, e efetuar trocas de chapas de aço, de válvulas, instalação e remoção de equipamentos, reparos do sistema propulsor e de comando, tratamento de estrutura e maquinários e pintura.

Para tanto, foi apurado o valor do serviço em R\$ 5.248.005,96 (cinco milhões duzentos e quarenta e oito mil cinco reais e noventa e seis centavos).

Durante sua execução foram realizados pagamentos que totalizaram R\$ 2.137.000,00 (dois milhões cento e trinta e sete mil reais). A diferença teria sido dividida em três parcelas: a primeira de R\$ 1.517.943,43 (um milhão quinhentos e dezessete mil novecentos e quarenta e três reais e quarenta e três centavos) e as duas restantes iguais de R\$ 796.531,19 (setecentos e noventa e seis mil quinhentos e trinta e um reais e dezenove centavos).

A primeira parcela do remanescente é objeto desta ação. As outras duas são objeto de ação própria.

Informou que a cada etapa dos reparos o representante do navio era chamado para aprovar o serviço, que só então passaria para a próxima fase, até o “Termo de Aceitação do Navio”, como teria ocorrido, na espécie.

Porém, diante da reprovação dos serviços de soldagem atestada pela sociedade classificadora Bureau Veritas, em razão do atraso e diante da falha no tratamento do tanque de carga, a *Global*, ao invés de acionar a garantia, deixou de realizar o pagamento.

O pedido inicial foi julgado procedente, *para condenar o réu a pagar ao autor R\$ 1.517.943,43 (um milhão, quinhentos e dezessete mil, novecentos e quarenta e três reais e quarenta e três centavos), valor a ser corrigido monetariamente e acrescido de juros legais desde a citação.* (e-STJ, fl. 1.086).

A sentença foi mantida em apelação, cujo acórdão encontra-se assim ementado:

Apelação cível. Ação de cobrança. Contrato de prestação de serviços de docagem. Parcela dos serviços prestados pela autora reprovada pelo órgão classificador, “Bureau Veritas”, a quem incumbe aprovar os reparos e permitir que a embarcação opere. Parte ré que aceita o navio sem ressalvas e, posteriormente, se nega ao pagamento das prestações pendentes, assim como se recusa a acionar a garantia contratual, preferindo realizar os serviços pendentes por meio da contratação de terceiros. Sentença de procedência. Invocação pela ré, ora apelante, da exceção do contrato não cumprido pelo cumprimento defeituoso do contrato em foco, diante da reprovação pelo órgão classificador de parte dos reparos realizados pelo autor.

1. A *exceptio non adimpleti contractus* (art. 476 do CC) se refere à possibilidade de o devedor escusar-se da prestação da obrigação contratual por não ter o outro contratante cumprido com aquilo que lhe competia.

2. A regra engloba não apenas o inadimplemento absoluto, bem como o cumprimento parcial ou defeituoso da prestação, a denominada *exceptio non rite adimpleti contractus*.

3. Nesse último caso, o exercício da exceção substancial possui limites e não pode servir de pretexto para o não cumprimento da prestação reclamada, se o descumprimento da contraparte for mínimo ou irrelevante no contexto do contrato específico.

4. As provas documentais, assim como o laudo pericial, dão conta de que os serviços de soldagem do convés e do coferdam foram reprovados, assim como a pintura de dois tanques de carga, o que, no universo dos serviços prestados de docagem do navio, à míngua de prova nesta direção, não podem ser considerados substanciais.

5. Caberia à ré, na forma do art. 373, II, do CPC/15, fazer a prova de que a parte do serviço considerada inadequada pelo órgão classificador foi significativa a ponto de se ter como descumprido o contrato pela autora, o que não ocorreu no caso concreto.

6. Em vez de a ré se utilizar dos expedientes disponíveis para que o contrato fosse cumprido satisfatoriamente em sua integralidade, inclusive utilizando-se da garantia contratual oferecida, preferiu deixar de adimplir com as prestações que lhe cabiam e contratar por conta própria outra empresa para os reparos.

7. Nesse contexto, não há como se aplicar a regra do art. 476 do CC ao caso concreto, à luz da boa-fé objetiva, do dever de lealdade e da colaboração contratual, pois entendimento diverso iria de encontro à finalidade econômica do contrato.

Recurso conhecido e desprovido (e-STJ, fl. 1.134/1.135).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Contra esses julgados a *Global* manejou recurso especial, fundamentado nas alíneas a e c do permissivo constitucional, alegando (1) violação do art. 1.022 do NCPC, porque deixou de considerar que os reparos reprovados pela sociedade classificadora, por si só, impediam o navio de voltar a navegar, caracterizando o inadimplemento total do serviço contratado; (2) divergência jurisprudencial e ofensa ao art. 476 do CC/02, uma vez que a declaração de inaptidão do navio demonstra que não se realizou o conserto contratado, circunstância que impede a cobrança pelo serviço; (3) contrariedade ao art. 373, I e II, do NCPC, pois caberia a *Enavi*, autora da ação, a prova de que as suas obrigações não foram cumpridas; (4) malferimento aos arts. 156, 371, 464, 479 e 480, todos NCPC, diante do descompasso entre as conclusões do acórdão e a prova pericial produzida; e (5) desrespeito aos arts. 368 do CC/02 e 510 do CPC/73, permitindo-se a compensação entre os valores devidos nesta ação com aqueles dispensados para a conclusão do serviço por terceiro.

Foram apresentadas contrarrazões.

O recurso especial foi admitido por força do provimento do agravo em recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): De plano, vale pontuar que o recurso ora em análise foi interposto na vigência do NCPC, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos 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.*

A pretensão recursal está no reconhecimento (1) da ocorrência de omissão no julgado; (2) da aplicação do preceito da exceção do contrato não cumprido; (3) que houve a equivocada alteração do ônus da prova; (4) que não foi considerada a perícia técnica realizada; e (5) da possibilidade de compensação dos débitos.

(1) Negativa de prestação jurisdicional

A *Global* apontou omissão no julgado quanto a constatação de inadimplemento do serviço contratado para a manutenção do casco do navio, diante da reprovação da soldagem atestada pela sociedade classificadora Bureau Veritas.

Todavia, colhe-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro asseverou que, apesar de não terem sido realizados a contento todos os serviços contratados, parte substancial do trabalho foi realizado, circunstância que não afastaria a obrigação da *Global* de realizar o pagamento correspondente.

Veja-se:

Foi devidamente comprovado nos autos que parte do serviço contratado foi reprovada pelo órgão classificador e que, apesar de a autora ter oferecido a garantia contratual dos serviços, a fim de que fossem sanados os vícios, esta não foi acionada pela ré, que preferiu realizar os serviços por meio da contratação de terceiros. Como é cediço, o contratante, acionado para cumprir a obrigação que lhe incumbe, pode utilizar-se da exceção do contrato não cumprido. Todavia, no caso em apreço, somente parte do serviço prestado foi defeituoso, sendo certo que ainda foi oferecida pela autora à ré a garantia contratual. Como já

mencionado, o exercício da exceção substancial não pode servir de pretexto para o não cumprimento da prestação reclamada, se o descumprimento da contraparte for mínimo no contexto do contrato em foco, cabendo a quem alega a prova de que o descumprimento foi de tal monta que o libere da contraprestação.

[...]

As provas documentais, assim como o laudo pericial, dão conta de que os serviços de soldagem do convés e do coferdam foram reprovados, assim como a pintura de dois tanques de carga e que outros serviços não foram executados, o que, no universo dos serviços a serem prestados, à míngua de prova nesta direção, não podem ser considerados, a princípio, substanciais a ponto de desonerar o réu do pagamento das prestações avençadas. Com efeito, caberia à ré, na forma do art. 373, II, do CPC/15, fazer a prova de que a parte do serviço considerada inadequada pelo órgão classificador foi significativa e que não poderia ser executada pela autora por meio da garantia, o que não ocorreu no caso concreto. Pelas provas carreadas aos autos, verifica-se que a ré, em vez de se utilizar dos expedientes disponíveis para que o contrato fosse cumprido satisfatoriamente em sua integralidade, inclusive utilizando-se da garantia contratual oferecida, preferiu deixar de adimplir com as prestações que lhe cabiam e contratar por conta própria outra empresa para os reparos (e-STJ, fls. 1.142/1.143).

Dessa forma, não se verifica a alega violação do art. 1.022 do NCPC.

(2) *Exceptio non adimpleti contractus*

A *Global* sustentou que a declaração de inaptidão do navio demonstrou que não se realizou o conserto contratado, circunstância que impede a cobrança do serviço, à luz do art. 476 do CC/02, que assim dispõe: *Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.*

Intitulado de exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), esse preceito pode ser considerado como desdobramento do princípio da boa-fé objetiva, segundo o qual os contratantes devem agir com lealdade e confiança recíprocas.

PABLO STOLZE e RODOLFO PAMPLONA FILHO esclarecem que

[...] É justamente o prévio descumprimento pela parte demandante que autoriza o excipiente da se valer da *exceptio non adimpleti contractus*, uma vez que, tendo havido cumprimento da obrigação, na forma como pactuada, a demanda pelo seu cumprimento constitui o regular cumprimento de uma obrigação potestativa (in **Novo Curso de Direito Civil**, vol. 4, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020, e-book).

PAULO LÔBO leciona que

[...] A exceção não contesta nem impugna a obrigação por parte de quem a utiliza. É meio de defesa, mas não é contestação. Não se nega o débito e a obrigação correspondente; não se nega que a outra parte pode exigir a obrigação. Porém, a exceção pode ser oposta à pretensão da outra parte, em virtude do dever de equivalência. No âmbito processual, constitui defesa indireta de mérito, que implica em improcedência do pedido, porque obsta o exercício do direito do autor. Essa exceção tem fundamento no princípio, derivado da boa-fé objetiva, da vedação do comportamento contraditório ou do *venire contra factum proprium* (in **Direito Civil**, vol. 3, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2021, e-book).

A propósito, veja-se o seguinte julgado:

Processo Civil. Civil. Agravo interno. Agravo em recurso especial. Ação de rescisão de contrato. Devolução de quantias pagas. [...]. Atraso na entrega da obra não configurado na hipótese. Cláusula de tolerância. Retenção de parcelas pagas. Legalidade. Exceção do contrato não cumprido. Correção monetária. Desembolso. Juros de mora. Trânsito em julgado.

[...]

7. Em nosso ordenamento jurídico vigora a exceção do contrato não cumprido, disciplinada nos arts. 476 e 477 do CC, premissa fundamental que rege a boa-fé das relações contratuais, segundo a qual nenhuma das partes contratantes pode exigir o cumprimento da obrigação da outra, sem antes cumprir a sua própria obrigação.

[...]

(AgInt no AgInt no AREsp 1.644.843/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 24/9/2020)

Todavia, para se arguir a exceção do contrato não cumprido, o inadimplemento deve ser substancial, relevante, a ponto de causar desproporcionalidade na sinalagma entabulada entre os contratantes.

CARLOS ALBERTO GONÇALVES ensina que

[...] É requisito, para que a exceção do contrato não cumprido seja admitida, que a falta cometida pelo contraente, que está exigindo a prestação de outro sem ter antes cumprido a sua, seja grave, bem como haja equilíbrio e proporcionalidade entre as obrigações contrapostas. Anotam Colin e Capitant, nessa ordem, que “não basta qualquer falta do contratante para justificar a exceção: é necessária uma ‘falta grave’, uma verdadeira inexecução de sua obrigação” (in **Direito Civil Brasileiro**, vol. 3, 17ª ed., São Paulo, 2020, e-book).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou sobre o tema. Na fundamentação do REsp n. 1.424.074, o Excelentíssimo Senhor Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva* consignou que:

A observância da exceção do contrato não cumprido pressupõe o inadimplemento substancial de um dos contratantes a ponto de desonerar o outro de cumprir com sua obrigação. A exceção não pode ser levada ao extremo de acobertar o descumprimento obrigacional sob invocação de haver o outro deixado de executar parte mínima ou irrelevante da que está ao seu cargo.

Ainda, confira-se a ementa do REsp n. 981.750/MG, da Relatoria da Ministra *Nancy Andrighi*:

Direito Civil. Contratos. Rescisão. [...]. Exceção de contrato não cumprido. Requisitos. [...].

[...]

- A exceção de contrato não cumprido somente pode ser oposta quando a lei ou o próprio contrato não determinar a quem cabe primeiro cumprir a obrigação. Estabelecida a sucessividade do adimplemento, o contraente que deve satisfazer a prestação antes do outro não pode recusar-se a cumpri-la sob a conjectura de que este não satisfará a que lhe corre. Já aquele que detém o direito de realizar por último a prestação pode postergá-la enquanto o outro contratante não satisfizer sua própria obrigação. *A recusa da parte em cumprir sua obrigação deve guardar proporcionalidade com a inadimplência do outro, não havendo de se cogitar da arguição da exceção de contrato não cumprido quando o descumprimento é parcial e mínimo.*

[...]

Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 981.750/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 23/4/2010 - sem destaque no original)

Pois bem.

Definido o requisito para a arguição da exceção do contrato não cumprido, qual seja, o descumprimento substancial da obrigação pela *Enavi*, passa-se a análise do caso concreto.

Colhe-se do acórdão recorrido que a ela foi contratada para realizar reparos em navio da *Global*, tais como *trocas de chapas de aço e de válvulas, instalação e remoção de equipamentos, reparos do sistema propulsor e de comando, tratamento, pintura, entre outros* (e-STJ, fl. 1.138).

Todavia, *parte dos serviços foi reprovada pela classificadora Bureau Veritas, quais sejam, a pintura dos tanques de carga 16 e 1E e a soldagem do convés e do confardem, o que teria impedido a embarcação de operar* (e-STJ, fl. 1.139).

O acórdão recorrido também transcreveu parte das resposta do perito aos quesitos apresentados, esclarecendo que *muitos serviços contratados não foram realizados* (e-STJ, fl. 1.141).

Ao final descreveu os serviços e reparos realizados por conta da *Global*, mediante contratação de terceiros, que só então obteve a autorização para operar/navegar.

Pelas circunstâncias delimitadas pelo acórdão recorrido, observa-se que diante da necessidade de se realizar reparos em um navio, uma empresa especializada foi contratada para a prestação do serviço e alguns itens foram reprovados pela sociedade classificadora, a ponto de impedir que a embarcação voltasse a operar, ou seja, o navio não poderia navegar.

E navegar é preciso!

Dessa forma, não se pode afirmar que o descumprimento contratual foi mínimo, como concluiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; o inadimplemento foi elevado, grave, substancial, a ponto do navio ser impedido de operar, não poder navegar, não serviria nem sequer para catraia.

Navio que não navega não serve.

No REsp n. 1.731.193/SP, de minha relatoria, levado a julgamento perante a Terceira Turma no mês de setembro de 2020, em caso por tudo muito semelhante, ficou destacado que a prestação deficitária ou incompleta só representa cumprimento parcial da obrigação quando aproveite o credor, do contrário, estará configurado inadimplemento substancial. Colhe-se da sua fundamentação:

É que, para distinguir o cumprimento parcial do inadimplemento total é preciso levar em consideração não apenas a conduta do devedor, mas também a intenção das partes no momento da contratação e o proveito efetivamente auferido pelo credor. Com efeito, para se afirmar que houve cumprimento parcial do contrato, e não verdadeiro inadimplemento, é fundamental que a prestação, ainda que de forma deficitária ou incompleta, tenha atendido ao interesse jurídico da parte contratante.

[...]

Ora, se a prestação realizada sem proveito para o credor em razão do momento em que verificada configura descumprimento da obrigação, isto é, verdadeiro

inadimplemento; da mesma forma aquela realizada, igualmente sem proveito para o credor em razão do modo como executada deve ser também considerada inadimplemento. Em suma, apenas haverá cumprimento parcial quando a prestação, ainda que de forma deficitária ou incompleta, tenha atendido ao interesse jurídico do credor.

Portanto, se o navio, após a realização dos serviços, não mais servia para o seu propósito, caracterizado ficou o descumprimento substancial da obrigação pela *Evani*, ensejando o acolhimento da arguição da exceção do contrato não cumprido.

O fato de haver garantia do serviço não pode ser impedimento para o exercício e reconhecimento da *exceptio non adimpleti contractus*, uma vez que não pode ser considerado como renúncia, que se dá de forma específica pela cláusula *solve et repete* (pague e depois reclame).

E a renúncia se interpreta restritivamente (art. 114 do CC/02).

Por fim, a exposição feita pelo Tribunal fluminense, no sentido que a *Global* poderia ajuizar ação de perdas e danos contra a *Enavi*, para ser ressarcida dos valores que dispendeu para a solucionar as exigências da agência classificadora, não se coaduna com os princípios da economia e celeridade processual e da duração razoável do processo.

Merece ser destacado, por oportuno, que não se olvida que esta Corte Superior tem inúmeros precedentes no sentido que a verificação da ocorrência da exceção do contrato não cumprido atrai a incidência das Súmulas n. 5 e 7, ambas do STJ.

Porém, na espécie, o acórdão recorrido delimitou as circunstâncias fáticas do caso concreto, tal como transcrito anteriormente, e as partes não divergiram quanto a elas, tornando-as incontroversas, razão pela qual não foi necessário o seu revolvimento. O que ocorreu foi a reavaliação das provas expostas no acórdão recorrido, procedimento este admitido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

Processo Civil. Agravo interno. [...]. Reavaliação jurídica. Inexistência dos óbices previstos nas Súmulas 5 e 7, do STJ. [...].

[...]

2. Nos termos da jurisprudência já consolidada desta Corte, a análise do recurso especial não esbarra nos óbices previstos nas Súmulas 5 e 7, do STJ,

quando se exige somente o reenquadramento jurídico das circunstâncias de fato e cláusulas contratuais expressamente descritos no acórdão recorrido.

[...]

(AgInt no AREsp 1.120.296/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 23/4/2021)

Recurso especial. Direito Civil e Processual Civil. Ação de resolução contratual c/c perdas e danos. [...].

[...]

4. Na forma da jurisprudência do STJ, a simples reavaliação dos critérios jurídicos utilizados pelo Tribunal de origem na apreciação dos fatos incontroversos e das cláusulas contratuais expressamente mencionadas não encontra óbice nas Súmulas 5 e 7/STJ.

[...]

(REsp 1.659.893/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 19/3/2021)

Nessas condições, pelo meu voto, *conheço* do recurso especial para *dar-lhe parcial provimento*, anular a sentença, acolher a *exceptio non rite adimpleti contractus* e determinar o retorno dos autos a origem para que seja apurado o valor devido pelos serviços efetivamente prestados, desconsiderando os reprovados pela agência de classificação, que foram solucionados por terceiros.

Com esse desfecho, fica prejudica a análise das apontadas violações dos arts. 156, 371, 373, I e II, 464, 479 e 480, todos NCPC, 368 do CC/02 e 510 do CPC/73.



Quarta Turma

HABEAS CORPUS N. 622.826-MG (2020/0288221-8)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Impetrante: Herbert Humberto Gomes

Advogado: Herbert Humberto Gomes - MG136948

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Paciente: R M C

Interes.: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Habeas corpus. Execução de alimentos. Antecipação de tutela concedida antes da citação. Efeito imediato. Ordem denegada.

1. A antecipação de tutela que fixa alimentos provisórios antes da citação deve ser cumprida imediatamente.

2. É pressuposto lógico da regra do § 2º do art. 13 da Lei 5.478/1968 a circunstância de a prestação alimentar ter sido estabelecida ou modificada em momento posterior ao ato citatório, seja em caráter provisório (antecipação de tutela) ou de forma definitiva (sentença de mérito), únicas hipóteses em que se pode cogitar de retroatividade da obrigação alimentar à data da citação. Inteligência da Súmula 621/STJ.

3. *Habeas Corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Após o voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão denegando a ordem, e o voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira no mesmo sentido, a Quarta Turma, por maioria, denegou a ordem, nos termos do voto da relatora. Vencido o Ministro Raul Araújo. Votou vencido o Sr. Ministro Raul Araújo.

Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira e Luis Felipe Salomão (Presidente) (voto-vista) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 06 de abril de 2021 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 8.6.2021

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Herbert Humberto Gomes em favor de R.M.C., contra decisão singular proferida por Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que indeferiu o pedido de efeito suspensivo em agravo de instrumento e manteve a decisão proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Patrocínio/MG, que rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença movido por sua filha, menor impúbere representada pela genitora, e determinou a intimação do paciente para o pagamento dos alimentos provisórios, sob pena de prisão civil.

Alega o impetrante, em suma, que a execução refere-se aos meses de dezembro de 2019, janeiro e de fevereiro de 2020, mas “a obrigação alimentar era devida somente após a citação”, que ocorreu em março de 2020, circunstância que, segundo entende, torna ilegal a ordem de prisão civil.

Considera “cabível o presente *habeas corpus*, tendo em vista que o Paciente está na iminência de sofrer constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção em virtude de decisão manifestamente ilegal”, que afirma contrariar “a orientação da jurisprudência desta Corte Superior a qual estabelece que o termo *a quo* dos alimentos provisórios é a data da citação e não o da sua fixação”.

Mediante a decisão de fls. 137-139, deferi o pedido de liminar.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 149-152, pelo não conhecimento do *habeas corpus* e a concessão da ordem de ofício.

Requer a alimentanda sua habilitação nos autos e a concessão de vista e prazo para manifestação, sob argumento de que “é terceira interessada no feito” e pretende demonstrar “que as matérias alegadas tanto no Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, quanto no juízo de 1º Grau não condiziam com a realidade” (fls. 155-156).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Anoto, inicialmente, que o pedido de “habilitação nos autos” deduzido pela mãe da credora dos alimentos não tem amparo na jurisprudência deste Tribunal. Nesse sentido:

Habeas corpus. Prisão civil. Dívida alimentar. Ordem de prisão. Reiteração. Cumprimento de prisão anterior. Débito alcançado pela medida restritiva de liberdade. *Bis in idem*. Impossibilidade. Súmula n. 309/STJ. Parâmetros. Caso concreto. Incompatibilidade. Intervenção de terceiros. Ausência de previsão legal. Segredo de justiça. Imprescindibilidade.

(...)

4. Terceiros interessados são carecedores de ação para atuar a favor ou contrária a concessão da ordem discutida em *habeas corpus* ante a ausência de norma autorizativa da intervenção de terceiros no procedimento especial, bem como em decorrência da própria natureza do *writ*, que tramita em segredo de justiça.

5. Ordem concedida.

(HC 397.565/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ 30.6.2017)

Processo Penal. Embargos de declaração. *Habeas corpus*. Pedido de admissão de terceiro interessado. Impossibilidade. Ambiguidade, obscuridade, contradição e/ou omissão. Não-ocorrência. Efeito infringente. Impossibilidade. Embargos rejeitados.

1. Consoante entendimento tranquilo deste Superior Tribunal de Justiça, o *habeas corpus* se mostra incompatível com a intervenção de terceiros, em qualquer de suas modalidades, seja a favor ou contra o paciente.

(...)

5. Pedido de admissão de terceiro interessado indeferido. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgInt no HC 376.788/PR, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ 10.2.2017)

Indefiro, pois, o pedido.

No mérito, observo que, na origem, cuida-se de pedido de cumprimento da decisão que fixou verba alimentar a ser suportada pelo paciente em favor de sua filha menor, relativo às parcelas compreendidas entre a concessão da tutela antecipada e a data da citação.

Mediante a decisão de fls. 137-139, proferida em 27.2.2020, deferi o pedido de liminar para suspender a ordem de prisão do paciente, por entender caracterizada a excepcionalidade que permitiria a superação do óbice da Súmula 691/STF e a apreciação do *writ* pelo STJ.

Para tanto, considerei, em exame liminar, que as alegações do impetrante encontravam amparo no entendimento da Segunda Seção do STJ que, ao interpretar o § 2º do art. 13 da Lei 5.478/1968 no julgamento dos EREsp 1.181.119/RJ, concluiu que os efeitos da sentença proferida em ação de revisão de alimentos - seja em caso de redução, majoração ou exoneração - retroagem à data da citação, posicionamento atualmente consolidado no enunciado na Súmula 621/STJ, cujo enunciado, publicado no DJ de 17.12.2018, tem o seguinte teor:

Os efeitos da sentença que reduz, majora ou exonera o alimentante do pagamento retroagem à data da citação, vedadas a compensação e a repetibilidade.

Melhor apreciando a questão, todavia, observo que o citado precedente da Segunda Seção não autoriza a pretendida conclusão de que, fixados os alimentos provisórios em antecipação de tutela concedida antes da citação, a obrigação alimentar somente se torna exigível após efetivado esse ato processual, sendo certo que os precedentes da Súmula 621/STJ em momento algum trataram dessa hipótese.

Com efeito, no julgamento dos EREsp 1.181.119/RJ, a Segunda Seção, diante da dissonância de entendimentos então existente, afastou o posicionamento da corrente que considerava que, em ação de revisão de alimentos, apenas no caso de majoração da verba anteriormente fixada deveria ocorrer a retroatividade à data da citação, mas, havendo redução ou exoneração, a decisão somente produziria efeitos a partir do respectivo trânsito em julgado, para concluir que, à luz do § 2º do art. 13 da Lei 5.478/1968, em qualquer caso (redução, majoração ou exoneração), os efeitos da decisão retroagem à data da citação, nos termos da seguinte ementa:

Civil e Processual Civil. Embargos de divergência. Cabimento. Revisão dos alimentos. Majoração, redução ou exoneração. Sentença. Efeitos. Data da citação. Irrepetibilidade.

1. Os efeitos da sentença proferida em ação de revisão de alimentos - seja em caso de redução, majoração ou exoneração - retroagem à data da citação (Lei

5.478/68, art. 13, § 2º), ressalvada a irrepetibilidade dos valores adimplidos e a impossibilidade de compensação do excesso pago com prestações vincendas.

2. Embargos de divergência a que se dá parcial provimento.

(Relatora p/acórdão Ministra Isabel Gallotti, DJ 20.6.2014)

Anoto que a solução encontrada pela Segunda Seção aplicou o princípio absoluto de que os alimentos recebidos na pendência da lide revisional são irrepetíveis, porque se presumem consumidos no suprimento das necessidades diárias a que se destinam, protegendo o alimentando enquanto pendente a lide, mas, ao mesmo tempo, teve por finalidade coibir o enriquecimento sem causa do credor, hipótese que se concretizaria, caso fosse permitida a execução pelo valor originário de parcelas que - não pagas no curso da lide por qualquer motivo - tenham sido reduzidas ou extintas por força do trânsito em julgado da sentença que julgou alterado o binômio possibilidade/necessidade.

No voto condutor do referido acórdão, afirmo que a regra da retroatividade à data da citação dos alimentos modificados - redução, majoração ou exoneração - incide também nas ações de fixação de alimentos, provisórios ou definitivos, diante da necessidade de observância, em qualquer hipótese, do binômio necessidade/possibilidade na fixação da verba alimentar, nos seguintes termos:

(...) o binômio necessidade/possibilidade deve, em qualquer hipótese, nortear a fixação do montante dos alimentos, sejam eles provisórios ou definitivos, concedidos em liminar ou na sentença, estabelecidos em ação de fixação ou revisão da verba alimentar, aplicando-se, em todos os casos, a regra geral de que os alimentos retroagem à data da citação (Lei 5.478/68, art. 13, § 2º), ressalvado princípio de que os alimentos pagos não podem ser restituídos.

Essa conclusão foi extraída a partir da interpretação da regra do § 2º do art. 13 da Lei 5.478/1968 (“Em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à data da citação”), o qual não fez distinção alguma entre alimentos definitivos ou provisórios, fixados em ação de alimentos ou de revisão.

Considero que a regra legal, no entanto, tem por pressuposto lógico a circunstância de a prestação alimentar ter sido estabelecida ou modificada em momento posterior ao ato citatório, seja em caráter provisório (antecipação de tutela) ou de forma definitiva (sentença de mérito), únicas hipóteses em que se pode cogitar de retroatividade da obrigação alimentar à data da citação.

Anoto que esse entendimento foi adotado pelos demais precedentes da Súmula 621/STJ, entre os quais destaco o seguinte:

Recurso especial. Direito Civil. Família. Alimentos provisórios. Sentença definitiva. Extinção da dívida. Art. 13, § 2º, da Lei de Alimentos. Eficácia *ex tunc*. Impossibilidade de cobrança. Vedação ao enriquecimento sem causa.

1. Cinge-se a controvérsia a definir se é possível a extinção da execução dos alimentos provisórios por ausência de título executivo diante de *posterior sentença definitiva de improcedência do pedido na ação de alimentos*.

2. À luz da jurisprudência desta Corte, a sentença definitiva exoneratória da obrigação de pagamento de alimentos retroage com eficácia *ex tunc* independentemente do caso.

3. Uma vez demonstrado em sede de juízo exauriente, observado o contraditório e a ampla defesa, que a obrigação imposta liminarmente não deve subsistir, resta vedada a cobrança dos denominados alimentos provisórios, sob pena de enriquecimento sem causa.

4. A Segunda Seção, no julgamento do EREsp n. 1.181.119/RJ, ao interpretar o art. 13, § 2º, da Lei n. 5.478/1968, concluiu, por maioria, que os alimentos provisórios não integram o patrimônio jurídico subjetivo do alimentando, podendo ser revistos a qualquer tempo, porquanto provimento *rebus sic stantibus*, já que não produzem coisa julgada material (art. 15 da Lei n. 5.478/1968).

5. A sentença exoneratória que redimensiona o binômio necessidade-possibilidade segue a mesma lógica das ações congêneres revisionais, devendo seus efeitos retroagir à data da citação.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1.426.082/MG, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ 10.6.2015)

A circunstância de os alimentos retroagirem à data da citação, evidentemente, não impede a concessão de tutela antecipada para a imposição de alimentos provisórios antes do ato citatório, hipótese em que a decisão deverá ser imediatamente cumprida, sob pena de esvaziar a utilidade das regras postas nos arts. 4º da Lei 5.478/1968, 529 e 531 do Código de Processo Civil de 2015, assim redigidos:

Lei 5.478/1968

Art. 4º Ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.

CPC/2015

Art. 529. Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente

poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia.

§ 1º Ao proferir a decisão, o juiz oficiará à autoridade, à empresa ou ao empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício.

§ 2º O ofício conterá o nome e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do exequente e do executado, a importância a ser descontada mensalmente, o tempo de sua duração e a conta na qual deve ser feito o depósito.

§ 3º Sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, nos termos do caput deste artigo, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos.

(...)

Art. 531. O disposto neste Capítulo aplica-se aos alimentos definitivos ou provisórios.

Nessa linha, manifesta-se Maria Berenice Dias, citando a lição de Areken de Assis na obra *Da execução de Alimentos e Prisão do Devedor*, 5ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 102):

No que diz respeito à antecipação da obrigação alimentar, para o efeito de estabelecer o marco inicial de vigência dos alimentos, não há diferenciação entre os provisórios e os provisionais. Ambos são fixados desde logo e imediatamente devem ser pagos. Nenhum deles é cautelar. Em qualquer das modalidades, os alimentos tornam-se exigíveis desde a data da fixação, por determinações legais expressas. De forma lapidar, o art. 4º da Lei de Alimentos determina ao juiz que, ao despachar a inicial, fixe desde logo os alimentos provisórios. Em sede de alimentos provisionais, o parágrafo único do art. 854 do CPC [CPC/2015, arts 529 e 531], traz igual previsão, impondo ao juiz que arbitre desde logo uma mensalidade para a manutenção do alimentando.

Diante dessas precisões legislativas, talvez nada mais necessitasse ser acrescentado. Qualquer que seja a natureza dos alimentos, ao serem fixados *initio litis*, nasce o dever de pagar a partir do momento em que estipulados. Sequer se faz necessária a prova pré-constituída da obrigação, pois, em face da possibilidade de antecipação de tutela, assegurada pelo art. 273 do CPC [art. 300, CPC/2015], basta prova que convença da verossimilhança do direito. Como consequência da reforma, nasce também a possibilidade para aqueles que não dispõem de prova formada da obrigação, uma vez presentes os requisitos do art. 273 do CPC [art. 300, CPC/2015], de postularem a título provisório alimentos também na ação de

rito ordinário, vez que viável a antecipação dos efeitos condenatórios e executivos de eventual sentença de procedência.

(Disponível em <https://www.ibdfam.org.br/artigos/143/Alimentos>)

Acrescento que, caso prevaleça a pretensão deduzida na inicial do presente *habeas corpus*, bastaria ao responsável pela obrigação alimentar obter êxito em evitar a sua citação pelo oficial de justiça para postergar indefinidamente a própria exigibilidade das parcelas, desfecho que não se compadece com fundamentos que justificaram os precedentes da Súmula 621/STJ.

A propósito, adverte, Yussef Said Cahali:

Quanto ao termo inicial dos alimentos provisórios ou provisionais, tem-se pretendido que, “tratando-se de provisionais, por fixados no limiar da ação de alimentos, vigem, desde logo, sem retroação”, evidentemente, *não podem os alimentandos depender de eventual localização de quem deva cumprir deveres decorrentes da lei, para assumirem a certeza de fazer crédito ao valor fixado de antemão; assim, são devidos desde o primeiro arbitramento*”.

Dos Alimentos. 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 901, grifos não constantes do original).

No caso de concessão de tutela antecipada antes da citação (hipótese dos autos), a jurisprudência do STJ sinaliza que a decisão deve ser cumprida de imediato, como se observa em antigo acórdão proferido pela Terceira Turma, no que interessa, assim ementado:

Direito Processual Civil. Recurso especial. Ação de execução de alimentos. Valores alegadamente pagos a menor. Revisional de alimentos. Alimentos provisórios. Embargos de declaração. Omissão ausente. Efeito suspensivo concedido ao agravo de instrumento interposto contra decisão que, em antecipação dos efeitos da tutela, reduziu o valor dos alimentos. Irretroatividade. Honorários advocatícios. Critério objetivo de sucumbência.

(...)

- *A característica da antecipação dos efeitos da prestação jurisdicional garante a eficácia plena da decisão que fixa os alimentos provisórios, isto é, tal decisão produz efeitos imediatos, valendo os alimentos provisórios desde a data em que fixados até aquela em que alterados. Precedente.*

- Por meio da concessão do efeito suspensivo ao agravo de instrumento, obtém-se a suspensão do cumprimento da decisão agravada, até julgamento final do recurso. A decisão, na hipótese, de antecipação dos efeitos da tutela, terá seu cumprimento suspenso, a partir da decisão concessiva de efeito suspensivo ao recurso contra ela interposto, não antes.

- Ainda mais relevante a questão quando, da própria natureza instável dos alimentos provisórios – frutos de cognição sumária –, advém a necessidade de se delimitar os contornos exatos que podem decorrer da suspensividade concedida em agravo de instrumento, porque tanto pode haver majoração dos *alimentos*, quanto *redução ou, ainda, exoneração, pela concessão da medida in limine litis, que, ademais, pode ser revogada ou modificada em qualquer fase do processo.*

(...)

Recurso especial não conhecido.

(REsp 907.144/PR. Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJ 19.12.2007)

No caso presente, ademais, os alimentos foram pleiteados do genitor por sua filha menor e impúbere, nascida de 18-9.2017 (fl. 59), sendo certo, de outra parte, que não há dúvida alguma quanto à paternidade do paciente, motivo pelo qual a obrigação alimentar tem por origem o poder familiar e decorre dos deveres dos pais de assistência, criação e proteção dos filhos menores, nos termos do artigo 229 da Constituição Federal e arts.1.634, inc. I, e 1.566, inc. IV, do Código Civil:

Dessa forma, a obrigação de prestar alimentos decorre do poder familiar, desde a concepção, e incumbe aos dois genitores, devendo ser repellido o argumento contido na inicial no sentido de que “a verba alimentar provisória é devida desde a citação, momento em que o devedor foi constituído em mora e teve ciência da obrigação alimentar, do contrário, quando da citação, o Paciente já estaria em débito, o que seria um contrassenso”.

Destaco, a propósito, as seguintes e pertinentes observações de Leonardo Duarte, em artigo intitulado “O marco inicial da exigibilidade dos alimentos provisórios”:

Hodiernamente, sabe-se que os menores de 18 anos gozam de proteção especial e prioritária. Assim, a Constituição Federal de 1988, não contente em prever os direitos e as garantias fundamentais, enfatizou que as crianças e os adolescentes têm direitos à educação e à profissionalização, à dignidade e ao respeito, ao lazer e à cultura, à saúde, à alimentação e à vida. Portanto, incumbiu tanto a família como o Estado e a sociedade de velar, além dos direitos, contra toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

Apesar da lacônica diferenciação exposta acima, o importante é ter em mente que *a obrigação de prestar alimentos decorre do poder familiar, assim, surge quando da concepção do filho*; incumbe a ambos os genitores enquanto

mantêm vida em comum, entretanto, quando cessado o vínculo matrimonial, ou até mesmo a coabitação, o dever de prestar alimentos incumbe ao genitor que deixar de ter convivência com o filho, devendo verter certa quantia de dinheiro, imediatamente, de forma espontânea, ou por meio de ação judicial.

Ante a natureza da verba alimentar, esta deve ser consignada em favor do alimentado no momento em que haja a saída do genitor do lar. *Não se mostra nem um pouco crível de que o genitor não saiba de seu constitucional e natural dever de assistir, criar e educar, bem como de dispor recursos à subsistência da prole* (arts. 227 e 229 da C.F.).

(Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8058/O-marco-inicial-da-exigibilidade-dos-alimentos-provisorios>)

No caso, os alimentos foram fixados em valor módico (35% do salário mínimo) e o impetrante/paciente, advogado em causa própria, não apresenta nenhuma justificativa de impossibilidade financeira para o pagamento das três parcelas vencidas antes da citação. Apenas sustenta não serem devidas, porque ainda não constituído em mora pela citação, argumento manifestamente improcedente, pois não se trata de obrigação contratual, mas de dever decorrente da condição de pai, desde a concepção.

Entendo, portanto, que a postergação do ato citatório não o exime da obrigação de pagar alimentos desde o dia em que fixados em juízo.

Ressalto, por fim, que a autoridade coatora determinou a prisão civil em razão de dívida alimentar correspondente aos três meses que antecederam o ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso da lide, em perfeita harmonia com a orientação do STJ consolidada na Súmula 309 (“O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”).

Parcelas mais remotas teriam sua execução submetida ao rito comum. Mas, no caso, como apenas estão sendo exigidas as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução, não há ilegalidade na decisão impugnada.

Em face do exposto, revogo a liminar e denego a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Sr. Presidente, cumprimento a eminente Relatora pelo excelente voto.

Creio, porém, haver duas ordens de considerações a serem feitas no caso, pois uma coisa é admitirmos a retroatividade e a validade das obrigações decorrentes da medida antecipada adotada anteriormente à citação pelo juízo competente. Isso, a meu ver, está correto no voto da eminente Relatora. Agora, outra coisa é admitirmos que essa retroatividade seja apta a possibilitar a medida excepcional da prisão civil do devedor.

Quanto a esse último aspecto ouso divergir. E é, afinal, o aspecto relevante para o *habeas corpus*, porque diz sobre a liberdade de locomoção do paciente.

Parece-me que as prestações anteriores à citação não podem ensejar a prisão civil. Devem ser buscadas pelos meios regulares, mas não por esse modo excepcional, que a Constituição só admite em casos específicos, como quebra da regra de vedação de prisão civil de devedor.

Então, penso que essas duas considerações devem ser observadas neste caso, ou seja, a que conduz a reconhecermos a validade, a possibilidade da retroatividade – e reconheço também –, e a que enseja a excepcionalidade, que é a prisão civil do devedor.

A distinção leva a que devamos conceder a ordem, talvez *ex officio*, com superação dos ditames da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal, ante a manifesta ilegalidade de se pretender que a retroatividade possa acarretar a prisão civil do paciente.

Parece-me, eminente *Ministra Maria Isabel*, que não é relevante a razão pela qual o paciente não realiza o pagamento. Não é isso determinante num caso de *habeas corpus*, mas, sim, a legalidade ou não da medida que está a afetar a liberdade do paciente.

Por exemplo, mesmo sendo ele um devedor de alimentos, se estivéssemos aqui a debater sobre prestações anteriores aos três meses previstos na súmula que trata do tema, não admitiríamos a prisão por qualquer que fosse a razão que apresentasse como justificativa para o inadimplemento.

Aqui o que temos é que o paciente entende, tem convicção, não estar validamente obrigado a fazer aquele pagamento. E ele tem direito de discutir isso nas vias regulares, nas vias ordinárias, nas vias processuais próprias, independentemente da ameaça de prisão, porque a ameaça de prisão subtrai dele o direito de levar essa discussão adiante.

Se o devedor crê, com sinceridade, ter razão sobre a questão, tem o direito subjetivo público de se defender. A Constituição lhe assegura o devido processo

legal e, lógico, sem a ameaça da prisão, porque com a possibilidade da prisão realmente ninguém vai poder discutir a questão nas instâncias competentes, que são cíveis e não são de ordem que possam ser esgotadas na instância sumaríssima do *habeas corpus*. Então o devedor tem o direito de levar a discussão pelas vias recursais sem ameaça da prisão.

Isso é que me parece relevante. Não depende de considerarmos, em sede de *habeas corpus*, se ele tem ou não razão na argumentação que deduz. Trata-se de poder ou não o julgador prender alguém em razão de prestações fixadas validamente pelo juízo cível, porém antes da citação do devedor, o qual paga as prestações posteriores à citação. Mas, relativamente às anteriores, diz: “*Essas outras não pago, porque entendo que eu não estava obrigado.*”

Ele tem o direito de levantar essa discussão, pois a Constituição lhe assegura o devido processo legal. Agora, evidentemente, se dissermos “*o senhor discute, mas vai preso*”, é claro que estaremos negando, subtraindo, na prática, o direito constitucional do paciente.

Então, peço vênias para conceder *ex officio* a ordem de *habeas corpus*.

Sr. Presidente, apenas para reiterar meu entendimento já externado, acrescento que perda de objeto haveria se cessada a ordem de prisão, o que não ocorreu com a denegação do *habeas corpus* pelo órgão colegiado do Tribunal de Justiça. Permanece a ordem de prisão. O paciente manejou o *habeas corpus* e a Corte Superior tem o exame do caso nas mãos.

O *habeas corpus* não tem, deve ter mesmo, rígida previsão infraconstitucional para sua apreciação. Isso permite ampla construção pretoriana, adequada a cada hipótese.

Então, *data venia*, acho que não temos aqui perda de objeto. Concedo o *habeas corpus*, com a devida vênias.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Cuida-se de *habeas corpus* impetrado por Herbet Humberto Gomes, em favor de R.M.C., contra decisão monocrática do Desembargador relator, Washington Ferreira, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que indeferiu o pedido de efeito suspensivo em agravo de instrumento (fls. 30-34).

O recurso foi interposto contra a decisão do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Patrocínio-MG que rejeitou a justificativa apresentada, *in verbis*:

Compulsando os autos, percebe-se que não assiste razão à parte devedora. Isso porque a decisão proferida nos autos n. 5004958- 55.2019.8.13.0481 dispõe claramente que os alimentos provisórios seriam devidos desde o momento de sua fixação. Vejamos:

(...) Assim, diante da confirmação da filiação entre o requerente e a menor, bem como o dever do pai de auxiliar a mãe no cuidado da filha, fixo os alimentos provisórios no importe inicial de 35% do salário-mínimo vigente ou a vigorar, atualmente R\$349,30, devidos desde já pelo requerido, mediante depósito em conta bancária a ser aberta por requisição judicial em nome da genitora da menor, ora requerente, ou em Juízo até o cumprimento da referida diligência. (...)

Ademais, percebe-se que o entendimento do TJMG e a jurisprudência firmada pelo STJ convergem no sentido de que os alimentos provisionais são devidos desde a data de sua fixação:

[...]

Portanto, as razões expostas pelo executado são incapazes de deconstituir o crédito exequendo ou mesmo afastar a sua responsabilidade quanto ao pagamento do débito.

O feito está calcado em título certo, líquido e exigível. Ao devedor cabe o pagamento da dívida; nada mais.

Assim, considerando que restou configurada a obrigação do executado em pagar os alimentos à exequente, rejeito a impugnação ao cumprimento de sentença.

Intimem-se as partes sobre esta decisão.

Intime-se a exequente para juntar planilha atualizada do débito e requerer o que entender devido, no prazo de cinco dias.

Após, por questão de prudência, intime-se o executado para pagamento, observadas as disposições do despacho inicial, sob pena de prisão civil.

(fls. 26-29)

Irresignado, anota que, “nos autos da ação de alimentos n. 5004958-55.2019.8.13.0481, no mês de março de 2020, o Paciente foi citado e intimado para pagar 35% do salário mínimo vigente para sua filha A. M. G. M.. Posteriormente, o Paciente foi citado nos autos da ação de execução de

alimentos n. 5001424-69.2020.8.13.0481, cobrando as parcelas referente aos meses de dezembro de 2019, janeiro de 2020 e fevereiro de 2020, sob de pena de prisão civil”.

Destaca que “apresentou justificativa sob o fundamento de que não eram devidos os meses cobrados, pois, a obrigação alimentar era devida somente após a citação, ou seja, após março de 2020”.

Afirma que “a execução dos alimentos baseia somente no que tange a cobrança dos meses anteriores a citação da ação que arbitrou os alimentos” e, por conseguinte, a prisão decorrente da execução de alimentos afronta à “a orientação jurisprudência desta Corte Superior qual estabelece que o termo a quo dos alimentos provisórios é a data da citação e não o da sua fixação”, assim como o art. 13, § 2º, da Lei n. 5.478/68.

Defende que “a verba alimentar provisória é devida desde a citação, momento em que o devedor foi constituído em mora e teve ciência da obrigação alimentar, do contrário, quando da citação, o Paciente já estaria em débito, o que seria um contrasenso” e, assim, “resta demonstrado o constrangimento ilegal sofrido pelo Paciente, que teve sua prisão civil decretada referente a parcelas anteriores da citação”.

A ilustre relatora, Ministra Isabel Gallotti, deferiu o pleito liminar e determinou a expedição de salvo conduto até o julgamento do mérito do *habeas corpus* (fls. 137-139).

Instado a se manifestar, o *Parquet* opinou pela concessão de ofício da ordem, conforme a seguinte ementa:

Habeas corpus. Indeferimento, na origem, de pedido de efeito suspensivo em agravo de instrumento. Supressão de instância. Inadmissibilidade. Súmula/STF n. 691. Excepcional superação do enunciado. Débito de natureza alimentar. Efeitos. Data da citação. Pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão, de ofício, da ordem, nos termos da liminar.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido do não cabimento, em regra, de *habeas corpus* contra indeferimento de pedido liminar formulado em *writ* impetrado na origem, sob pena de indevida supressão de instância (Enunciado n. 691 da súmula do Supremo Tribunal Federal). Entendimento aplicável à decisão que indefere efeitos suspensivos em agravo de instrumento.

2. Circunstâncias dos autos que indicam, contudo, a presença dos peculiares pressupostos a autorizar a concessão *ex officio* da ordem, pois, na linha de

entendimento fixado por essa Superior Corte de Justiça, o débito alimentar, ainda que provisório, é devido, nos termos do art. 13, § 2º, da Lei n. 5.478/68, a partir do momento em que se concretiza a regular citação do devedor.

3. Parecer pelo não conhecimento da presente impetração, por inadequação da via eleita. Ordem, contudo, que merece ser concedida de ofício, confirmando-se o teor do entendimento liminar.

(fls. 149-152)

Na sessão de julgamento de 23/03/2021, a Ministra Gallotti, inicialmente, indeferiu o pedido de habilitação nos autos requerido pela alimentanda e, no mérito, revogou a liminar e não conheceu do *habeas corpus* ao fundamento de que:

i) “o citado precedente da Segunda Seção não autoriza a pretendida conclusão de que, fixados os alimentos provisórios em antecipação de tutela concedida antes da citação, a obrigação alimentar somente se torna exigível após efetivado esse ato processual, sendo certo que os precedentes da Súmula 621/STJ em momento algum trataram dessa hipótese”;

ii) “a circunstância de os alimentos retroagirem à data da citação, evidentemente, não impede a concessão de tutela antecipada para a imposição de alimentos provisórios antes do ato citatório, hipótese em que a decisão deverá ser imediatamente cumprida, sob pena de esvaziar a utilidade das regras postas nos arts. 4º da Lei 5.478/1968, 529 e 531 do Código de Processo Civil de 2015”;

iii) “caso prevaleça a pretensão deduzida na inicial do presente *habeas corpus*, bastaria ao responsável pela obrigação alimentar obter êxito em evitar a sua citação pelo oficial de justiça para postergar indefinidamente a própria exigibilidade das parcelas, desfecho que não se compadece com fundamentos que justificaram os precedentes da Súmula 621/STJ”;

iv) “no caso de concessão de tutela antecipada antes da citação (hipótese dos autos), a jurisprudência do STJ sinaliza que a decisão deve ser cumprida de imediato”;

v) “no caso presente, ademais, os alimentos foram pleiteados do genitor por sua filha menor e impúbere, nascida de 18-9.2017 (fl. 59), sendo certo, de outra parte, que não há dúvida alguma quanto à paternidade do paciente [...] Dessa forma, a obrigação de prestar alimentos decorre do poder familiar, desde a concepção, e incumbe aos dois genitores, devendo ser repelido o argumento contido na inicial no sentido de que “a verba alimentar provisória é devida desde a citação”.

vi) “a autoridade coatoara determinou a prisão civil em razão de dívida alimentar correspondente aos três meses que antecederam o ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso da lide, em perfeita harmonia com a orientação do STJ consolidada na Súmula 309”.

O Ministro Raul Araújo, abrindo divergência durante a sessão, prolatou voto oral no sentido de que “uma coisa é admitirmos a retroatividade e a validade das obrigações decorrentes da medida antecipada adotada anteriormente à citação pelo juízo competente. Isso, a meu ver, está correto no voto da eminente Relatora. Agora, outra coisa é admitirmos que essa retroatividade seja apta a possibilitar a medida excepcional da prisão civil do devedor [...] Parece-me que as prestações anteriores à citação não ensejam a prisão civil, devem ser buscadas pelos meios regulares, mas não por esse modo excepcional, que a Constituição só admite em casos específicos, como quebra da regra de vedação de prisão civil de devedor”. Diante disso, superando a Súm. 691 do STF, concedeu a ordem *ex officio*.

Em razão da divergência, pedi vista dos autos antecipadamente.

É o relatório complementar.

2. A discussão dos autos está em definir se há possibilidade de utilização da técnica executiva da prisão civil do devedor de alimentos em relação às parcelas compreendidas entre a fixação dos alimentos provisórios e a data da citação do executado.

2.1. Inicialmente, saliento que não existe controversa quanto à validade do crédito alimentar e à possibilidade de sua retroatividade para antes da citação, já que concedido antecipadamente em tutela provisória.

2.2. A divergência que remanesce, portanto, é apenas em relação à possibilidade de se decretar a prisão civil para os alimentos devidos no lapso temporal entre a fixação - decisão interlocutória do magistrado - e o ato citatório do executado.

2.3. Nesse passo, convém sublinhar que a prisão civil, como técnica executiva extrema que autoriza a restrição da liberdade do devedor, é, por óbvio, medida excepcional e deve ter a sua interpretação restritiva.

Trata-se, aliás, do escólio do Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, ao comentar o art. 5º, LXVII, em sua obra hermenêutica sobre o texto constitucional, *in verbis*:

*Hipóteses estas taxativas, impossibilitando seu alargamento por determinação do legislador ordinário, uma vez que **qualquer equiparação legal a uma dessas possibilidades não retirará seu substrato de validade diretamente da Constituição e, conseqüentemente, será inconstitucional, como ocorria com a possibilidade de prisão civil por falta de pagamento de prestação alimentícia decorrente de ação de responsabilidade ex delicto**, ou ainda, a prisão civil do devedor considerado por ficção legal, como depositário infiel em alienação fiduciária (Decreto-Lei n. 911/69 - STF - Pleno - RE - 466.343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 3.12.2008); ou mesmo, na hipótese de depositário considerada a cédula rural pignoratícia (STF - Pleno - HC 92.566/SP - Rel. Min. Marco Aurélio, DJe-104, 5 junho 2009).*

(MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 359)

Exatamente em razão desse caráter excepcional é que, recentemente, esta Quarta Turma afastou a possibilidade da constrição pessoal do devedor por dívidas de alimentos indenizatórios:

Habeas corpus. Substitutivo de recurso ordinário. Admissibilidade em hipóteses excepcionais. Alimentos decorrentes de ato ilícito. Natureza indenizatória. Prisão civil. Não cabimento. Rito executivo próprio. Art. 533 do CPC/15. Ordem concedida.

1. A impetração de *habeas corpus* como substitutivo do recurso ordinário somente é admitida excepcionalmente quando verificada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado, hipótese dos autos.

2. *Os alimentos devidos em razão da prática de ato ilícito, conforme previsão contida nos artigos 948, 950 e 951 do Código Civil, possuem natureza indenizatória, razão pela qual não se aplica o rito excepcional da prisão civil como meio coercitivo para o adimplemento.*

3. Ordem concedida.

(HC 523.357/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 01/09/2020, DJe 16/10/2020)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Civil e Civil. Cumprimento de decisão que estabelece prestação de alimentos em ação de indenização. Obrigação decorrente de ato ilícito. Natureza indenizatória. Prisão civil de devedor (CPC/2015, arts. 528 e 533). Impossibilidade. Garantia constitucional (CF, art. 5º, LXVII). Recurso provido. Ordem concedida.

1. *Antes de se considerar qualquer disposição legal a respeito do sensível tema da prisão civil por dívida, deve-se atentar para a sólida garantia constitucional inerente ao direito fundamental de liberdade do indivíduo, identificado por Karel Vasak,*

em sua reconhecida classificação, como direitos humanos de primeira geração. Em relação aos direitos de liberdade, ressaí o dever estatal de respeito, consistente em postura negativa, de abster-se de violá-los. Descabem, assim, interpretações normativas que conduzam a ampliações da exceção constitucional à ampla garantia de vedação à prisão civil por dívida.

2. Não há como se adotar, como meio de coerção do devedor de alimentos fixados em caráter indenizatório, a prisão civil prevista exclusivamente para o devedor de alimentos decorrentes de vínculos familiares, no art. 528, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil/2015, em harmonia com o que excepcionalmente admitido pela Constituição da República (art. 5º, LXVII). É que a natureza jurídica indenizatória daquela, fixada no caso de reparação por ato ilícito, difere da estabelecida em razão de laços de parentesco, quando se leva em conta o binômio necessidade-possibilidade. Para a obrigação alimentícia indenizatória, o rito previsto é o do art. 533 do CPC/2015, sem previsão de prisão.

3. Recurso ordinário provido. Ordem de *habeas corpus* concedida.

(RHC 101.008/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 17/11/2020, DJe 27/11/2020)

Nessa ordem de ideias, percebe-se que o ordenamento jurídico regrou exaustivamente o ponto em discussão, prevendo a excepcionalidade do cárcere para a situação dos autos.

De fato, tanto o atual Diploma processual civil quanto o Código de 1973 previram, de forma expressa, a possibilidade de decretação da prisão civil do devedor decorrente de sentença ou *decisão interlocutória* que arbitre *alimentos (provisórios ou provisionais)* desde o momento de sua fixação. Confira-se:

Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de *decisão interlocutória que fixe alimentos*, o juiz, a requerimento do exequente, *mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuarlo.*

§ 1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuarlo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517.

§ 2º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.

§ 3º *Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.*

[...]

Art. 531. *O disposto neste Capítulo aplica-se aos alimentos definitivos ou provisórios.*

Art. 733. *Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.*

§ 1º *Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.*

Portanto, penso que a norma é de clareza solar: em se tratando de decisão interlocutória que fixe alimentos (provisórios ou provisionais), o devedor é intimado/citado para pagar o débito em 3 dias, comprovar que o fez ou justificar a sua impossibilidade, já ficando ciente, caso não pague ou sua justificativa seja rejeitada, terá seu nome protestado e sua prisão decretada.

É bem de ver que alguns créditos são mais sensíveis à morosidade processual, de modo a exigem mecanismos próprios de maior celeridade e efetividade, como sói ser o crédito alimentar, pois trata-se de importância atinente à subsistência digna do alimentando.

Como pondera a doutrina de escol:

essa execução por quantia certa contra devedor solvente, realizada com as peculiaridades indicadas nesses dispositivos, todas destinadas a agilizar a satisfação desses créditos essenciais à subsistência das pessoas. Tal intuito acelerador inclui não só a execução por *sentença* portadora de condenação a prestar alimentos, como ainda dos acordos homologados (*acordos de alimentos*) e das decisões interlocutórias concessivas de alimentos *provisionais* ou de alimentos *provisórios*

(DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. IV, São Paulo: Malheiros, 2019, p. 676)

O novo Código coerente com a lógica de celeridade e eficiência que lhe inspira, trouxe para o âmbito do cumprimento de sentença a execução das decisões definitivas ou interlocutórias que fixem alimentos, a teor do art. 528. Dispensa-se nesse novo regime, portanto, a instauração de ação executiva autônoma, seguindo-se com a intimação do executado no próprio procedimento originalmente instaurado pelo credor, em se tratando de decisão definitiva ou em autos apartados, em se tratando de decisão provisória (art. 531, §§ 1º e 2º)

(THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de processo civil anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 651)

Por conseguinte, tais alimentos, desde que fixados, são aptos a impor ao devedor a constrição pessoal, independentemente do momento de sua citação/intimação. O que não se admite é a prisão *inaudita altera parte*, já que “transgressiva à garantia constitucional do contraditório porque não dá ao executado, naquele momento de verdadeira angústia, a oportunidade de se justificar com vista a evitar essa medida de extrema gravidade e excepcionalidade no sistema” (DINAMARCO, *op. cit.*, p. 682).

Em verdade, temos que o novo Diploma processual civil aprimorou o rito dos alimentos fixados em decisão interlocutória de urgência, de forma provisória, retirando eventuais dúvidas procedimentais e definindo o exato termo de sua regência: será aquele previsto para cumprimento da decisão que reconhece a obrigação de prestar alimentos (arts. 528 a 532), notadamente no que toca à possibilidade de prisão civil.

É o que pondera a doutrina especializada:

Outra inovação merecedora de elogios advém do fato de o Código ter eliminado de vez as sérias e fundadas dúvidas a respeito do procedimento a ser aplicado ao cumprimento de decisões interlocutórias que fixam os alimentos provisórios. Agora houve a definição no sentido de que o rito adequado à cobrança dos alimentos fixados em qualquer pronunciamento judicial será exatamente o mesmo, qual seja, aquele previsto nos arts. 528 a 532, independentemente de sua natureza. A única observação que poderia se fazer diz respeito à necessidade de autuação em apenso, como mencionado.

Em decorrência do novo método, a sentença/decisão de alimentos não precisa ter transitado em julgado/precluído para que o devedor seja instado a cumpri-la definitivamente, contrariamente ao que ocorreria se se tratasse de decisão que reconhecesse a exigibilidade de prestação não alimentar. Isso fica bem claro não só da leitura do dispositivo legal acima transcrito, mas especialmente pela prescrição contida no art. 531 do Código, que estabelece que “o disposto neste Capítulo aplica-se aos alimentos definitivos ou provisórios”.

Em aparente reforço a essa afirmação, o art. 1.012, § 1º, II, enuncia que “começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que condena a pagar alimentos”.

Daí se percebe que não foi coincidência o fato de o legislador ter suprimido os vocábulos “definitivo” e “provisório” do nome do Capítulo IV.

Em consequência dessa nova sistemática, talvez possa se afirmar que a decisão que fixa alimentos provisórios sob a técnica da tutela de urgência (CPC, arts. 303 a 310; Lei n. 5.478/68, art. 42) não será efetivada sob o regramento do cumprimento provisório estabelecido pelo art. 520 do CPC, mas sempre e em qualquer hipótese sob

a forma de cumprimento definitivo, por intermédio do rito previsto para cumprimento da decisão que reconhece a obrigação de prestar alimentos (arts. 528 a 532), ainda que contra elas sejam interpostos recursos (arts. 1.012, § 1º, II, e 1.015, I, c/c art. 1.019, I).

Há, por assim dizer, uma exceção à regra contida no art. 297, parágrafo único, do mesmo Código, segundo a qual a efetivação da tutela provisória seguirá o regramento do cumprimento provisório de sentença, naquilo que lhe for aplicável.

Mas aqui é preciso ser feita uma observação. Não é pelo fato de o sistema permitir que os alimentos provisórios sejam cumpridos por intermédio do mesmo rito empregado para o cumprimento dos alimentos definitivos que sua natureza se modifica. Dito com outras palavras, o ordenamento apenas confere uma prerrogativa de caráter procedimental ao credor, de cobrar os alimentos por meio de um rito mais severo para o devedor, mas o pronunciamento judicial que fixa essa verba continua ostentando a natureza de uma “tutela provisória de urgência” dotada de precariedade e de dependência de posterior substituição pela “tutela definitiva” conferida pela sentença, a qual pode inclusive vir a revogá-la (art. 296). Não por outro motivo, o art. 297, parágrafo único, faz questão de ressaltar que a efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, “no que couber”.

(CALMON, Rafael. *Direito das famílias e processo civil: interação, técnicas e procedimentos sob o enfoque do Novo CPC*, São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 306-308)

Trata-se, aliás, da jurisprudência da Casa:

Civil e Processual. Agravo regimental. Alimentos provisórios. Execução. Posterior pedido incidental de revisão de alimentos provisórios. Incabimento. Precedentes. Desprovido.

I. A decisão que fixa os alimentos provisórios produz efeitos imediatos, integrando ao patrimônio do alimentando um direito que, embora provisório, é existente, efetivo e juridicamente protegido.

II. Não é razoável que se suspenda a execução de verba alimentar, mesmo que fixada de maneira provisória, pois é inerente à manutenção das alimentadas. Ademais, mesmo que se admita uma futura modificação no valor da pensão provisória, tal decisão não teria o efeito de retroagir seus efeitos para modificar o quantum debeatatur executado.

Precedentes.

III. Agravo desprovido.

(AgRg no Ag 1.257.761/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 07/10/2010, DJe 20/10/2010)

Agravo regimental. Recurso especial. Processo Civil e Direito de Família. Fixação de alimentos provisórios. Superveniência dos definitivos. Diminuição de valor. Art. 13, § 2º, da Lei 5.478/68. Retroação à data da citação. Inadmissibilidade. Incorporação ao patrimônio do alimentando. Efeitos *ex nunc* da sentença. Desestímulo ao alimentante inadimplente. Recurso desprovido.

1. O julgamento do recurso especial conforme o art. 557 do CPC não ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa, se observados os requisitos recursais de admissibilidade, os enunciados de Súmulas e a jurisprudência dominante do STJ.

2. A via do agravo regimental, na instância especial, não se presta para questionamento de dispositivos constitucionais.

3. A jurisprudência deste Tribunal Superior é na vertente de possuir efeitos imediatos a decisão que arbitra os alimentos provisórios, integrando tal direito temporário o patrimônio do alimentando, de sorte que a sentença a qual altera, posteriormente, esse provimento precário, fixando alimentos definitivos em valores inferiores, não tem o condão de retroagir em prejuízo daquele que recebe a aludida prestação. Assim, a sentença que arbitra alimentos definitivos opera *ex nunc*, não podendo ser usada para beneficiar o alimentante inadimplente.

Destarte, o valor dos alimentos provisórios é devido desde a data em que foram fixados até a data em que proferida a sentença que os reduziu.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.042.059/SP, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 26/04/2011, DJe 11/05/2011)

Ação de separação judicial. Alimentos provisórios. Redução operada pela sentença. Cálculo do valor do débito. Precedentes da Corte.

1. Considerando os precedentes da Corte, o valor dos alimentos provisórios é devido desde a data em que foram fixados até a data em que proferida a sentença que os reduziu.

2. Recurso especial conhecido e provido, em parte.

(REsp 662.754/MS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 22/03/2007, DJ 18/06/2007, p. 256)

2.4. Somando-se a isso, penso que também incidem, para dirimir a questão, as regras de hermenêutica jurídica segundo as quais, “onde houver o mesmo fundamento, haverá o mesmo direito” (*ubi eadem ratio ibi idem jus*) e, “onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir” (*ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*).

Com efeito, a *ratio* da norma em comento deve ser lida, a meu juízo, de forma sistêmica com o regramento que estabelece que “o débito alimentar

que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações *anteriores ao ajuizamento da execução* e as que se vencerem no curso do processo” (CPC, art. 528, § 7º).

Ou seja, o débito *anterior ao ato citatório* - antes do ajuizamento da execução, portanto - mostra-se apto e suficiente para decretação de eventual coerção pessoal do executado.

Nesse passo, o CPC/2015 seguiu exatamente o caminho definido pela jurisprudência do STJ, consagrada na Súm. n. 309 - “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações *anteriores ao ajuizamento da execução* e as que se vencerem no curso do processo.”

A propósito, no ponto, há um aspecto importante a ser lembrado que está intrinsecamente ligado à discussão do presente processo - valor do débito alimentar e citação do devedor.

É que a redação da Súm. n. 309 foi atualizada justamente por divergências de interpretação que estavam surgindo da sua redação antiga, a qual previa: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações *anteriores à citação* e as que vencerem no curso do processo.”

Tal redação foi alterada após o julgamento do HC n. 53.068-MS, na sessão de 22/03/2006, após deliberação da Segunda Seção.

Naquela oportunidade, enfatizou-se a razão da alteração - justamente a citação - nestes termos:

O ponto nodal do pedido de *habeas corpus* é o atendimento aos comandos do Enunciado 309 da Súmula do STJ, com o depósito das três parcelas anteriores à citação e a continuidade do pagamento desde então, circunstâncias que ilidiriam a possibilidade de prisão do paciente.

[...]

- Da revisão do Enunciado. Por oportuno, com fundamento no art. 125, § 2º, do RISTJ, e atenta ao Ofício n. S-170/2006 formulado pela Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, que solicitou providências no sentido de sanar possível equívoco na redação do Enunciado 309 da Súmula do STJ, proponho a sua revisão. A análise dos precedentes citados como embasadores do Enunciado 309 da Súmula do STJ, apontam para o descompasso destes com o texto do Enunciado. Sete, dos dez precedentes citados, anotam direta, ou indiretamente, que são passíveis de cobrança pelo rito disposto no art. 733 do CPC, as três parcelas anteriores a data do ajuizamento da ação, além daquelas que vencerem no curso da execução.

[...]

Em contraponto, apenas 03 precedentes indicam a data da citação como marco para a contagem das três parcelas anteriores que estarão sujeitas a execução com base no art. 733 do CPC [...].

Quero crer, que se laborou em equívoco quando da redação do referido Enunciado, mesmo porque, admitir-se que o devedor possa afastar o decreto prisional, na ação de execução de alimentos, com o pagamento das três últimas parcelas anteriores a sua citação, é premiar e incentivar a má-fé daquele que se esquivava de cumprir a obrigação de prestar alimentos.

Assim, submeto a proposta de revisão do Enunciado a esta Segunda Seção, que passará a ter a seguinte redação: O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que vencerem no curso do processo. (HC 53.068 MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 22/03/2006, DJ 05/04/2006, p. 172).

A doutrina já reivindicava a mudança dos ditames da Súmula:

Urge, portanto, que a súmula seja retificada, pois baseada em jurisprudência que não serve para referendar a normatização levada a efeito. A mudança, frise-se, se faz urgente, sob pena de se incentivar que o devedor se esquivasse da citação, escondesse do Oficial de Justiça e, de todas as formas, busque retardar o início da execução, pois, enquanto não for citado, não se sujeita a ser preso. Claro que o devedor vai tornar-se um fugitivo! Quanto mais tempo levar para ser citado, mais parcelas serão relegadas à modalidade executória cuja efetividade é consabidamente ineficaz em se tratando de obrigação de alimentos. Significa que as mensalidades pretéritas só poderão ser cobradas pelo rito da penhora, sujeitando-se o credor a esperar pela venda em hasta pública de algum bem que o devedor eventualmente seja proprietário (CPC, art. 732).

(DIAS, Maria Berenice. Súmula 309: um equívoco que urge ser corrigido. *Jornal Síntese*, n. 100, p. 2, junho, 2005)

Portanto, seja pela expressa disposição legal, seja pela exegese exarada pelo STJ sobre o tema, os alimentos fixados em decisão interlocutória são devidos desde o seu arbitramento, cabendo ao devedor, após citado/intimado, pagá-los em três dias, comprovar que os quitou ou justificar a sua impossibilidade, sob pena de prisão.

Algumas ponderações, no entanto, devem ficar registradas com relação a tais alimentos provisórios fixados em decisão interlocutória (sob a técnica da tutela de urgência): i) “na eventualidade de essa liminar vir a ser cassada por algum dos motivos previstos nos incisos do art. 302, o exequente-alimentado pode vir a ser responsabilizado por eventuais danos causados pela efetivação

da medida concedida a seu favor, respeitando-se, por óbvio, a irrepetibilidade dos alimentos recebidos (CC, art. 1.707)” (CALMON, Rafael. *ob. cit.*, p. 308); ii) a jurisprudência do STJ vem entendendo que “os efeitos da sentença que julga procedente o pedido de exoneração do encargo alimentício retroagem à data da citação, desonerando o obrigado desde então, conforme dispõe o artigo 13, § 2º, da Lei n. 5.478/1968” RHC 95.204/MS, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, *Terceira Turma*, julgado em 24/04/2018, DJe 30/04/2018). Dessarte, numa exegese sistemática, em se tratando de alimentos provisórios fixados liminarmente, a retroação da exoneração dos alimentos se dará do momento de sua fixação (e não da citação/intimação), sob pena de o devedor acabar sendo preso pelo crédito devido entre a data do arbitramento e a data de sua citação/intimação, ainda que tenha sido reconhecida a sua exoneração.

2.5. Na hipótese, o magistrado de piso, “diante da confirmação da filiação entre o requerente e a menor, bem como o dever do pai de auxiliar a mãe no cuidado da filha”, fixou “os alimentos provisórios no importe inicial de 35% do salário-mínimo vigente ou a vigorar, atualmente R\$349,30, devidos desde já pelo requerido” (fl.18) e, posteriormente, passada a fase de citação/intimação do devedor, perfazendo-se o devido contraditório, rejeitou a justificativa apresentada e determinou nova intimação do executado para pagamento, sob pena de prisão (fl. 29), seguindo os exatos termos do sistema processual civil brasileiro.

3. Ante o exposto, rogando, uma vez mais, a vênua devida ao eminente Ministro Raul Araújo, em reforço de argumentação aos fundamentos da Ministra Isabel Gallotti, denego a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.338.616-DF (2012/0170691-1)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: A L da S J

Advogado: Defensoria Pública do Distrito Federal

Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Recorrido: Os Mesmos

EMENTA

Recursos especiais. Ação de adoção unilateral socioafetiva de enteado promovida por padrasto. Indeferimento da petição inicial, por impossibilidade jurídica do pedido, dado o não cumprimento do requisito da diferença mínima de 16 anos de idade entre adotante e adotando. Deliberação mantida pelo Tribunal de origem em face do caráter cogente da norma prevista no art. 42, § 3º do ECA. Irresignação do demandante e do órgão do Ministério Público Distrital que atua no feito como *custos legis*.

Hipótese: Cinge-se a controvérsia em definir se a regra que estabelece a diferença mínima de 16 (dezesseis) anos de idade entre adotante e adotando (art. 42, § 3º do ECA) é norma cogente ou, na medida das peculiaridades do caso concreto, pode ser relativizada no interesse do adotando, à vista da situação fática efetivamente vivenciada de forma pública, estável, duradoura e contínua.

1. O dispositivo legal atinente à diferença mínima etária estabelecida no art. 42, § 3º do ECA, embora exigível e de interesse público, não ostenta natureza absoluta a inviabilizar sua flexibilização de acordo com as peculiaridades do caso concreto, pois consoante disposto no artigo 6º do ECA, na *interpretação* da lei deve-se levar em conta os fins sociais a que se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

2. O aplicador do Direito deve adotar o postulado do melhor interesse da criança e do adolescente como critério primordial para a interpretação das leis e para a solução dos conflitos. Ademais, não se pode olvidar que o direito à filiação é personalíssimo e fundamental, relacionado, pois, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

2.1 No caso em exame, o adotante é casado, por vários anos, com a mãe do adotando, razão por que esse se encontra na convivência com aquele desde tenra idade; o adotando possui dois irmãos que são filhos de sua genitora com o adotante, motivo pelo qual pode a realidade dos fatos revelar efetiva relação de guarda e afeto já consolidada no tempo, merecendo destaque a peculiaridade de tratar-se, na hipótese, de adoção unilateral, circunstância que certamente deve importar para a análise de uma possível relativização da referência de diferença etária

3. A justa pretensão de fazer constar nos assentos civis do adotando, como pai, aquele que efetivamente o cria e educa juntamente com sua mãe, não pode ser frustrada por apego ao método de interpretação literal, em detrimento dos princípios em que se funda a regra em questão ou dos propósitos do sistema do qual faz parte.

4. Recursos especiais providos.

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 aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 15 de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 25.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recursos especiais interpostos por *A. L. da S. J.* e *Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios (custos legis)*, visando à reforma do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que manteve o indeferimento da petição inicial de adoção.

Na origem, *A. L. da S. J.* ajuizou ação de adoção objetivando formalizar a extensão do poder familiar, decorrente de socioafetividade do então adolescente *B. D. F.*, filho biológico da esposa do autor e de genitor desconhecido. Relata na inicial que o adotando, desde os dois anos de idade, convive com o adotante, vez que o autor e mãe de *B. D. F.* viviam em união estável desde o ano 2000, tendo formalizado o casamento em abril de 2009, do qual advieram dois filhos biológicos do casal.

O juízo de primeiro grau (fls. 29-30) indeferiu a inicial, com fundamento no artigo 295, inc. I, do CPC/73, pois considerou o pedido juridicamente impossível, diante da diferença de idade entre o autor e o adotante ser de apenas 13 (treze) anos, violando a norma expressa do art. 42, § 3º, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) que prevê distância etária mínima de 16 (dezesesseis) anos entre adotante e adotando para a viabilização da adoção.

Interposta apelação pelo autor, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (fls. 73-79) negou provimento ao reclamo, nos termos da ementa a seguir transcrita:

Processual Civil e ECA. Adoção. Diferença, de idade de, no mínimo, dezesseis anos entre adotante e adotando. Norma cogente. Impossibilidade jurídica do pedido. Sentença mantida.

1 - O ECA estabelece, em seu art. 42, § 3º, a diferença de idade de, pelo menos, 16 (dezesesseis) anos entre adotante e adotando. Tal requisito tem por finalidade conferir caráter biológico à família civil que irá se formar por meio da constituição do vínculo jurídico da adoção, tendo em vista que a família substituta deve ser em tudo semelhante à família biológica. Ademais, a norma também tem por escopo prevenir a realização de adoção com motivos escusos, tentando-se mascarar interesses de outras naturezas, como o sexual, por exemplo, por meio da exposição de amor parental.

2 - Dessa forma, não é possível atender ao pedido de adoção quando a diferença de idade entre adotante e adotando for inferior a 16 (dezesesseis) anos, visto que tal, requisito está inserido em norma legal cogente, sendo imperioso reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido diante de tal pretensão.

Recurso desprovido.

O autor, interpôs recurso especial (fls. 82-99), com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea “c”, da Constituição Federal, no qual aponta a existência de dissídio jurisprudencial no tocante à interpretação e aplicação do art. 42 § 3º, do ECA.

Sustenta o recorrente, em síntese, que o acórdão impugnado encontra-se em flagrante oposição à jurisprudência, pois, consoante entendimento adotado por vários tribunais pátrios, a diferença mínima de 16 anos entre o adotante e o adotando pode, diante da peculiaridade do caso concreto, ser flexibilizada, mitigando-se a rigidez da lei em benefício do menor, mormente quando se trata de mera formalização de situação fática.

Requer o conhecimento e provimento do recurso para o fim de reformar o acórdão impugnado, determinando-se o processamento do feito e o deferimento do pedido de adoção.

De sua vez, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, atuando no feito como *custos legis*, interpôs recurso especial às fls. 108-122, com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, afirmando violados os artigos 42 § 3º do ECA e arts. 267, VI e 295, I, ambos do Código de Processo Civil de 1973.

Assevera, em síntese, que, no processo de adoção, a diferença de idade de 16 (dezesseis) anos entre adotante e adotando não prevalece sobre o relevante interesse do menor.

Aduz, ainda, que a disposição legal que estabelece a diferença mínima de 16 (dezesseis) anos objetiva aprimorar a relação entre adotante e adotando, reproduzindo, tanto quanto possível, a família biológica, isto é, a relação paternal ou filial. Contudo, a disparidade etária legalmente prevista não seria norma de ordem pública, podendo ser flexibilizada conforme as peculiaridades do caso concreto.

Pleiteia o conhecimento e provimento do recurso para o fim de reformar o acórdão impugnado, com a determinação de prosseguimento e processamento do feito, a fim de serem ouvidos a genitora e o adotando.

Sem contrarrazões.

Admitidos os reclamos na origem (fls. 132-133 e 135-136), subiram os autos ao exame desta Corte Superior.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, por meio de seu representante legal, opinou pelo desprovimento de ambos os recursos (fls. 147-152).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): Os recursos especiais merecem provimento para admitir o processamento de adoção unilateral socioafetiva de enteado por padrasto, flexibilizando-se o requisito da diferença de idade mínima entre adotante e adotando.

Cinge-se a controvérsia em definir se a regra que estabelece a diferença mínima de 16 (dezesseis) anos de idade entre adotante e adotando (art. 42, § 3º do ECA), é norma cogente ou, na medida das peculiaridades do caso concreto, pode ser relativizada no interesse do adotando, à vista da situação fática efetivamente vivenciada de forma pública, estável, duradoura e contínua.

Procede-se à análise concomitante dos reclamos em virtude de veicularem a mesma pretensão e de inexistir óbice de admissibilidade ao respectivo conhecimento, tampouco matéria preliminar ou prejudicial ao mérito.

1. Depreende-se dos autos que a pretensão do adotante fundamenta-se na longa e já consolidada relação paterno-filial entre o autor/padrasto e o adotando/enteado, o qual está em sua guarda, de fato, desde os seus 2 (dois) anos de vida - ressalte-se, contando ao tempo do acórdão recorrido datado de agosto de 2011 com 15 anos completos - por ser filho de sua esposa, tendo desse relacionamento advindo o nascimento de dois filhos do casal.

Vale ressaltar que, na hipótese, a diferença etária entre o pretense adotante e o adotando, segundo se extrai do acórdão recorrido, é de 13 (treze) anos, portanto, três anos inferior ao referencial de que trata o precitado artigo 42, § 3º, do Estatuto.

Extrai-se, ainda, do relatório do acórdão ora vergastado, alegação do recorrente no sentido de que “*em virtude de possuir apenas a guarda fática, o adotando não pode usufruir de benefícios que seus outros filhos possuem, fornecidos pela empresa onde trabalha*” (fl. 77).

As instâncias precedentes, sem proceder à análise da realidade concreta do caso, tampouco à averiguação das eventuais vantagens e a legitimidade dos motivos da pretendida adoção consoante preconiza o 43 do ECA, indeferiram liminarmente o pleito formulado por força de interpretação literal da norma constante do art. 42, § 3º do referido diploma legal, esse que afirma: “*O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando*”.

Pois bem, não se pode olvidar que a intenção do legislador, ao fixar uma diferença mínima de 16 (dezesseis) anos de idade entre o adotando e o adotante, foi, além de tentar reproduzir – tanto quanto possível – os contornos da família biológica padrão, evitar que a adoção camuflasse motivos escusos, onde a demonstração de amor paternal para com o adotando mascarasse/escondesse interesse impróprio.

Entretanto a referida limitação etária, em situações excepcionais e específicas, não tem o condão de se sobrepor a uma realidade fática – há muito já consolidada – que se mostrar plenamente favorável, senão ao deferimento da adoção, pelo menos ao regular processamento do pedido, pelo que o regramento pode ser mitigado, notadamente quando, após a oitiva das partes interessadas, sejam apuradas as reais vantagens ao adotando e os motivos legítimos do ato.

Nesse sentido, é a lição de Thales Tácito Cerqueira:

De regra, o requisito da diferença etária de 16 anos é necessário, salvo se o juiz, negando a lei federal, justificar como reais vantagens para o adotando, em face ao art. 6º do ECA. (Manual de Estatuto da Criança e do Adolescente, 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 126).

Não é outro o posicionamento de Galdino Augusto Coelho Bordallo:

Evita-se, com tal exigência, a realização de adoção com motivo escuso, configurado este através de falsa demonstração de amor paternal pelo adotante para com o adotado, a fim de mascarar interesse sexual por aquela pessoa, encobrendo intenção inconfessável.

O cuidado apresentado pelo legislador é o norte que o aplicador da lei deve ter. Porém, há que ser ressaltado que esta diferença de dezesseis anos entre adotante e adotando não deve ser aplicada de forma rígida, de modo a prejudicar a formação da família socioafetiva, que é o ponto nodal da adoção.

Há que se buscar o sentimento na formação da família socioafetiva, sendo certo que o sentimento não se encontra vinculado à idade. O sentimento paterno-filial pode existir entre pessoas com diferença etária inferior aos dezesseis anos exigidos pelo legislador. Não há nenhum empecilho que, face ao caso concreto, conceda-se a adoção em que a diferença de idade entre adotante e adotando seja inferior aos dezesseis anos estipulados na legislação, desde que fique apontado, pelo estudo de caso apresentado pela equipe interprofissional do Juízo, que a relação afetiva entre adotante e adotando é a paterno-filial." (Curso de Direito da Criança e do Adolescente Aspectos Teóricos e Práticos, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 202).

Como cediço, em casos como o presente, o aplicador do Direito deve prestigiar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, elevando-o a critério primordial na interpretação da disciplina legal e na busca pela solução mais adequada dos conflitos que os envolvem.

Acerca dessa temática, são as palavras da estudiosa Andréa Rodrigues Amin: "*não se está diante de um salvo-conduto para, com fundamento no best interest ignorar a lei. O julgador não está autorizado, por exemplo, a afastar princípios como o do contraditório ou do devido processo legal, justificando seu agir no melhor interesse.*"

Porém, afirma a mesma autora, que o princípio do melhor interesse é "*o norte que orienta todos aqueles que se defrontam com as exigências naturais da infância e juventude. Materializá-lo é dever de todos.*" (Curso de Direito da Criança e do Adolescente Aspectos Teóricos e Práticos, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 28/29).

Efetivamente, este Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades (adoção avoenga, adoção por adotantes não inscritos no cadastro nacional, dentre tantos outros), tem reconhecido o abrandamento de regras previstas no ECA, em atenção aos princípios do melhor – e da primazia do – interesse do menor, dada a observância do disposto no artigo 6º do ECA, o qual prevê que na *interpretação* desta lei deve-se levar em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, elegendo, portanto, como método hermenêutico o teleológico-sistemático. Por todos confira-se o REsp 1.448.969/SC, Rel. Ministro *Moura Ribeiro, Terceira Turma*, julgado em 21/10/2014, DJe 03/11/2014.

Assim, não parece razoável impossibilitar uma ponderação com vistas a permitir a aferição, em concreto, das reais vantagens para o adotando, caso haja deferimento da adoção pleiteada, autorizando-se, por conseguinte - em cotejo com as peculiaridades do caso -, a flexibilização da regra que estabelece o critério de diferença etária mínima para a adoção, notadamente quando o próprio legislador erigiu o método de interpretação a ser aplicado no exame das questões envolvendo crianças e adolescentes, nessa medida mitigando a exegese gramatical-literal quando da aferição acerca do melhor interesse do menor.

Destaca-se que, no caso em exame, o adotante é casado com a mãe do adotando, razão por que este se encontra na convivência com aquele desde tenra idade. Acrescente-se, a isso, o fato de o adotando possuir dois irmãos que são filhos de sua genitora com o adotante, motivo pelo qual pode a realidade dos fatos revelar efetiva relação de guarda e afeto já consolidada no tempo. E ainda, é de rigor ressaltar a peculiaridade de tratar-se, no caso, de adoção unilateral, circunstância que certamente deve importar para a análise de uma possível relativização da diferença etária mínima na adoção em questão.

Não é demais recordar que a presente deliberação não está sacramentando a adoção ora em foco, uma vez que o processo retornará à origem onde se submeterá a toda instrução e coleta de provas, cabendo, então, ao juiz instrutor da causa averiguar se são satisfatórias todas as demais circunstâncias inerentes ao caso.

Diante do norte hermenêutico estabelecido por doutrina abalizada e da jurisprudência que se formou acerca da mitigação de regras constantes do ECA quando em ponderação com os interesses envolvidos, a regra prevista no art. 42, § 3º do ECA, no caso concreto, pode ser interpretada com menos rigidez,

sobretudo quando se constata que a adoção visa apenas formalizar situação fática estabelecida de forma pública, contínua, estável, concreta e duradoura.

Em sentido similar, já decidiu o colegiado desta Quarta Turma, em precedente recentíssimo, no qual, inclusive, a diferença de idade entre adotante e adotado era menor do que a verificada na presente hipótese. Confira-se:

Recurso especial. Ação de adoção unilateral de maior ajuizada pelo companheiro da genitora. Diferença mínima de idade entre adotante e adotando. Mitigação. Possibilidade.

1. Nos termos do § 1º do artigo 41 do ECA, o padrasto (ou a madrasta) pode adotar o enteado durante a constância do casamento ou da união estável (ou até mesmo após), uma vez demonstrada a existência de liame socioafetivo consubstanciador de relação parental concretamente vivenciada pelas partes envolvidas, de forma pública, contínua, estável e duradoura.

2. Hipótese em que o padrasto (nascido em 20.3.1980) requer a adoção de sua enteada (nascida em 3.9.1992, contando, atualmente, com vinte e sete anos de idade), alegando exercer a paternidade afetiva desde os treze anos da adotanda, momento em que iniciada a união estável com sua mãe biológica (2.9.2006), pleito que se enquadra, portanto, na norma especial supracitada.

3. Nada obstante, é certo que o deferimento da adoção reclama o atendimento a requisitos pessoais - relativos ao adotante e ao adotando - e formais. Entre os requisitos pessoais, insere-se a exigência de o adotante ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho que o adotando (§ 3º do artigo 42 do ECA).

4. A ratio essendi da referida imposição legal tem por base o princípio de que a adoção deve imitar a natureza (adoptio natura imitatur). Ou seja: a diferença de idade na adoção tem por escopo, principalmente, assegurar a semelhança com a filiação biológica, viabilizando o pleno desenvolvimento do afeto estritamente maternal ou paternal e, de outro lado, dificultando a utilização do instituto para motivos escusos, a exemplo da dissimulação de interesse sexual por menor de idade.

5. Extraíndo-se o citado conteúdo social da norma e tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, revela-se possível mitigar o requisito de diferença etária entre adotante e adotanda maior de idade, que defendem a existência de vínculo de paternidade socioafetiva consolidado há anos entre ambos, em decorrência de união estável estabelecida entre o autor e a mãe biológica, que inclusive concorda com a adoção unilateral.

6. Apesar de o adotante ser apenas doze anos mais velho que a adotanda, verifica-se que a hipótese não corresponde a pedido de adoção anterior à consolidação de uma relação paterno-filial, o que, em linha de princípio, justificaria a observância rigorosa do requisito legal.

7. À luz da causa de pedir deduzida na inicial de adoção, não se constata o objetivo de se instituir uma família artificial - mediante o desvirtuamento da ordem natural das coisas -, tampouco de se criar situação jurídica capaz de causar prejuízo psicológico à adotanda, mas sim o intuito de tornar oficial a filiação baseada no afeto emanado da convivência familiar estável e qualificada.

8. Nesse quadro, uma vez concebido o afeto como o elemento relevante para o estabelecimento da parentalidade e à luz das especificidades narradas na exordial, o pedido de adoção deduzido pelo padrasto - com o consentimento da adotanda e de sua mãe biológica (atualmente, esposa do autor) - não poderia ter sido indeferido sem a devida instrução probatória (voltada à demonstração da existência ou não de relação paterno-filial socioafetiva no caso), revelando-se cabível, portanto, a mitigação do requisito de diferença mínima de idade previsto no § 3º do artigo 42 do ECA.

9. Recurso especial provido.

(REsp 1.717.167/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11/02/2020, DJe 10/09/2020) - grifos nossos

Ademais, não se pode perder de vista o direito personalíssimo e fundamental à filiação, extraível do contexto constitucional e corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Consoante se deduz dos autos, em princípio, o adotante não tem conhecimento de quem seja o seu pai biológico, haja vista ser fruto de um relacionamento efêmero de sua mãe com o seu genitor.

À vista disso, inviável conceber que a justa pretensão de fazer constar nos assentos civis do adotando, como pai, aquele que efetivamente o cria e educa juntamente com sua mãe, possa ser frustrada mormente quando a positiva e prudente cautela construída pelo legislador, no concernente ao requisito etário, em que pese atenuado, deve perfilar ao lado dos demais elementos autorizadores do deferimento da pretensão, atentando-se aos princípios nos quais se funda a regra em questão - art. 42 § 3º, do ECA - bem como, aos propósitos do sistema do qual tal preceito faz parte.

Dessa forma, levando-se em conta que a situação a qual se busca dar guarida jurídica, em tese, segundo apontado na exordial, já se encontra, de há muito, consolidada no tempo e, reiterando-se que o caso é de adoção unilateral - onde o adotante pretende reconhecer como seu filho o enteado, irmão da prole formada pelo casal -, entende-se que a regra atinente à diferença mínima de idade entre adotante e adotando deve ceder passo à perquirição das reais vantagens para o adotando e dos motivos legítimos para tal promoção.

Logo, conclui-se que a regra legal afeta ao lapso mínimo entre as idades de adotante e adotando de que trata o precitado art. 42, § 3º, do ECA, embora seja de interesse público e exigível, não ostenta natureza absoluta capaz de arredar a proteção aos interesses de filiação, motivo pelo qual o acórdão recorrido comporta reforma a fim de permitir o regular processamento da ação de adoção, haja vista que somente após a oitiva das partes interessadas e com a elaboração de estudo específico de todas as questões que envolvem o caso é que se poderá afirmar pelo deferimento ou não da adoção, atendendo-se à prevalência do princípio do melhor interesse.

Por fim, insta esclarecer que, muito embora o adotando seja hoje maior de 18 anos, as regras que norteiam o processo de adoção, no caso concreto, são aquelas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme preceitua o disposto no art. 1.619 do Código Civil, com a nova redação conferida pela Lei n. 12.010/2009.

2. Do exposto, dá-se provimento a ambos os recursos especiais, para, reformando o acórdão recorrido e a sentença que indeferiu a petição inicial, determinar o retorno dos autos a origem para o regular processamento do feito.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.345.170-RS (2012/0197293-6)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Eliane Fagundes da Rocha

Advogado: Elton Altair Costa e outro(s) - RS021748

Recorrido: Aramis José Dalmolin

Advogados: Wilson Alexandre Dés Essarts Barufaldi e outro(s) - RS047058

Wanderleia Josefina Veloso e outro(s) - RS030304

Adaiana Francescato de Pizzol e outro(s) - RS045927

EMENTA

Recurso especial. Direito Civil. Omissão e contradição. Inexistência. Procuração em causa própria. Negócio jurídico

unilateral. Poder de representação do outorgado, em seu próprio interesse. Transmissão de direitos reais ou pessoais, em substituição aos necessários supervenientes negócios obrigacionais ou dispositivos. Inexistência. Alienação de imóveis com uso da procuração. Afirmção de erro, dolo, simulação ou fraude. Inviabilidade lógica. Causa de pedir apontando que os negócios translativos de propriedade foram em conluio entre os réus, para lesionar a parte autora. Pedido de natureza condenatória. Prazo prescricional. Reconhecimento de inépcia da inicial, sem oportunidade de emenda dessa peça. Impossibilidade.

1. A procuração é negócio jurídico unilateral; o mandato, contrato que é, apresenta-se como negócio jurídico geneticamente bilateral. De um lado, há uma única declaração jurídico-negocial; de outro, duas declarações jurídico-negociais que se conjugam por serem congruentes quanto aos meios e convergentes quanto aos fins. Por conseguinte, muito embora o nome do outorgado conste do instrumento de procuração, ele não é figurante, pois o negócio jurídico é unilateral.

2. A procuração em causa própria (*in rem suam*) é negócio jurídico unilateral que confere um poder de representação ao outorgado, que o exerce em seu próprio interesse, por sua própria conta, mas em nome do outorgante. Tal poder atuará como fator de eficácia de eventual negócio jurídico de disposição que vier a ser celebrado. Contudo, até que isso ocorra, o outorgante permanece sendo titular do direito (real ou pessoal) objeto da procuração, já o outorgado apenas titular do poder de dispor desse direito, sem constituir o instrumento, por si só, título translativo de propriedade.

3. Nesse caso, há uma situação excepcional: ao procurador é outorgado o poder irrevogável de dispor do direito objeto do negócio jurídico, exercendo-o em nome do outorgante (titular do direito), mas em seu próprio interesse e sem nem mesmo necessidade de prestação de contas. É contraditório que se reconheça ter sido outorgada procuração com essa natureza ao ex-marido da autora e se aluda, no tocante às alienações com uso do instrumento, a erro, dolo, simulação ou fraude. E não pode ser atribuída a esse negócio jurídico unilateral a função de substituir, a um só tempo, os negócios jurídicos obrigacionais (por exemplo, contrato de compra e venda, doação) e dispositivos (*v.g.*, acordo de transmissão) indispensáveis, em regra, à transmissão

dos direitos subjetivos patrimoniais, notadamente do direito de propriedade, sob pena de abreviação de institutos consolidados e burla à regras jurídicas.

4. Conforme a causa de pedir e os pedidos formulados na exordial, há pretensão de reparação civil de danos, decorrentes de alegados atos dolosos “em conluio” entre os réus, por ocasião da alienação de bens da autora, mediante uso do instrumento outorgado ao ex-cônjuge. Não é adequado qualificar o pedido exordial mediato como de anulação, pois as transferências de domínio dos bens da autora envolveram uso de procuração em causa própria, havendo pedido de recomposição de direito violado, mediante restituição dos bens ou, se não for possível, do seu equivalente.

5. O pedido condenatório formulado na exordial sujeita-se a prazo prescricional. E como nenhuma das datas relativas às alienações de bens das autoras é mais antiga que 17/3/1989, e a ação foi ajuizada em 28 de maio de 2004, na vigência do CC/1916, é vintenário o prazo prescricional, porquanto se trata de direito pessoal, e observada a regra de transição do art. 2.2028 do CC/2002, também não transcorreu o prazo trienal, previsto no art. 206, § 3º, do CC, para pretensão de reparação civil de danos.

6. Malgrado o entendimento perfilhado pelas instâncias ordinárias de ser a inicial inepta por conter narração confusa - não permitindo a adequada defesa dos réus -, não foi previamente conferido prazo para promoção de emenda à inicial. Consoante a firme jurisprudência do STJ, ao receber a exordial, o juiz deve, *incontinenti*, examinar seus requisitos legais. Se necessário, deve discriminar o(s) vício(s) e determinar, desde logo, a regularização no prazo de 10 dias. Só na hipótese de o autor não sanar a(s) irregularidade(s) apontada(s), proceder-se-á à extinção do processo sem solução do mérito, conforme disposto no art. 284 do CPC/1973.

7. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros

Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Brasília (DF), 04 de maio de 2021 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 17.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: *1.* Eliane Fagundes da Rocha ajuizou, em 28 de maio de 2004, ação indenizatória em face de Aramis José Dalmolin, Raul Dalmolin, Marines Piovesan Dalmolin, sucessão de José Dalmolin e Rafael Afonso Busanello.

Narra que foi “vítima de um golpe de estelionato e apropriação indébita praticado em conjunto pelos réus, que mediante comunhão de esforços e em conluio entre si, apropriaram-se ilicitamente do produto oriundo da venda de frações com as áreas de 200.000,00 m², 356.783,57 m² e 473.000,00 m², do imóvel rural da propriedade particular da demandante”.

Assevera que, atualmente, o preço das terras alienadas é de R\$ 2.574.458,92 (dois milhões, quinhentos e setenta e quatro mil, quatrocentos e cinquenta e oito reais e noventa e dois centavos) e que o corréu Aramis “dispôs do patrimônio da autora como se fosse coisa própria dele”, “na condição de administrador dos bens particulares da esposa, em face do casamento celebrado sob o regime da comunhão parcial de bens”, “usurpando para si e para os réus Raul e Rafael [...] bens imóveis adquiridos valores exclusivamente pertencentes à demandante, em sub-rogação dos bens particulares que a mulher possuía ao casar”.

Expõe que, no mesmo ato de firmação dos contratos de compra dos imóveis, os corréus Raul e Marines assinaram instrumentos particulares de promessa de venda prometendo transmitir a propriedade dos mesmos bens em favor do corréu Aramis, dando quitação plena e irrevogável dos preços respectivos.

Aponta que alguns outros instrumentos foram firmados “depois de serem os imóveis registrados no Ofício Imobiliário em nome do réu Raul, e também depois do registro da separação judicial do réu Aramis, em substituição

aos anteriores, constando ele, agora, nestes instrumentos particulares não registrados, como o atual adquirente dos mesmos imóveis, na condição de separado judicialmente”.

Acena que os réus sempre ocultaram a existência de parcerias agrícolas e imóveis obtidos com recursos decorrentes da alienação de seus bens pessoais, incluindo o uso desses recursos para ingresso em sociedade a envolver policlínica odontológica.

Afirma que, “dilapidado e dissipado o produto dos bens exclusivos da autora, com as filhas crescidas, a menor com 6 anos de idade, o réu Aramis começou a planejar a separação do casal”, promovendo atos diversos que inviabilizaram “qualquer possibilidade de a autora dispor de recursos a partir da separação de fato do casal para manter-se a si e a suas filhas”, havendo coação e conluio entre os demandados obrigando a parte autora a assinar confissão de dívida e a outorgar procuração pública para que o réu Raul alienasse terras no Município de Quevedos e a firmar acordo em processos convertendo separação judicial litigiosa em consensual, em audiência sem presença de representante do Ministério Público.

Alega que houve sucessões de novas operações lesivas aos seus interesses, tendo sido “forçada a aceitar a situação, temendo represálias e retaliações contra as suas filhas”, sem conseguir manter o mesmo padrão de vida, assim também endividando-se e expondo-se a situações vexatórias.

Pondera que pretende a declaração da invalidade dos atos praticados com vícios de simulação, erro, dolo, coação e fraude, bem como a restituição dos bens apropriados ou, se não for possível, o seu equivalente, nos termos do art. 1.543 do CC, no valor atualizado de R\$ 2.574.458,92 (dois milhões, quinhentos e setenta e quatro mil, quatrocentos e cinquenta e oito reais e noventa e dois centavos) mais danos emergentes, lucros cessantes e danos morais.

O Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Passo Fundo julgou improcedente o pedido formulado na inicial.

Interpuseram a autora e o réu Aramis José Dalmolin recursos de apelação para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que negou provimento aos apelos e aos agravos retidos.

A decisão tem a seguinte ementa:

Apelação cível. Ação declaratória de nulidade, cumulada com pedido de indenização por danos materiais e morais. Agravos retidos. Prescrição.

Cerceamento de defesa e nulidade da sentença incorrentes. Mérito. Danos morais. Agravo retido. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

A declaração de prescrição, por se cuidar de matéria de ordem pública, pode ser declarada em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de provocação da parte.

Decreto de prescrição antes de levada a efeito a instrução que não caracteriza cerceamento de defesa. Preliminar rejeitada.

Declaração de prescrição em decisão saneadora. Fundada a pretensão à declaração de invalidade de negócios jurídicos com base em alegado vício de consentimento, incide a regra do art. 178, § 9º, inciso V, alínea 'b', do Código Civil de 1916, vigente à época.

Considerando que o ingresso da demanda se deu após o decurso de 04 anos da celebração dos negócios jurídicos pretendidos ver invalidados, especialmente da procuração *in rem propriam* outorgada pela autora e seu marido à época, merece confirmação a decisão que declarou a prescrição da ação que busca o decreto de nulidade das escrituras públicas de compra e venda e, via de consequência, do pedido de indenizar por danos materiais decorrentes.

Agravo retido recebido tão-somente no efeito devolutivo e que não impede a exclusão do polo passivo dos co-demandados beneficiados com o reconhecimento da prescrição.

Agravos retidos desprovidos. Nulidade da sentença. Ausência de fundamentação incorrente.

Não é nula a sentença que fundamenta adequadamente a decisão, inexistindo vício apto a amparar a pretensão da apelante. Preliminar rejeitada.

Mérito. Danos morais. Comprovado estreme de dúvidas ter sido a autora vítima de agressão física pelo demandado, seu ex-marido, bem como o abalo psíquico experimentado em decorrência do abandono material a que foi por ele submetida, juntamente com as filhas do casal durante o período em que residiram com a autora, procede pleito de indenização por danos morais, confirmando o quantum indenizatório fixado pela sentença.

Negaram provimento aos agravos retidos, rejeitaram as preliminares e negaram provimento às apelações.

Opostos embargos de declaração, foram parcialmente acolhidos apenas os manejados pela autora para corrigir erro material no tocante à menção da data em que outorgada procuração pela embargante ao corréu Aramis, estabelecendo como a correta 2/6/1999, todavia sendo ressalvado que isso não alteraria o resultado do julgamento, já que, para o cálculo da prescrição, foi observada a data certa.

Sobreveio recurso especial da autora, com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, suscitando divergência jurisprudencial, omissão, contradição e violação dos arts. 130, 267, 282, 295, 330, 515 e 535 do CPC/1973; 177, 178 e 1.317 do CC/1916 e 189 e 200 do CC/2002.

Alega a recorrente que, quanto às questões próprias e pertinentes repisadas no recurso de embargos de declaração, efetivamente não foram apreciadas pelo Tribunal de origem, “mesmo tendo pleiteado, expressamente, na inicial, nas impugnações, agravo retido, razões de apelação e nos embargos de declaração, manifestação acerca das questões, estando evidenciada a omissão e contradição do acórdão”.

Argumenta que, ao contrário do entendimento perfilhado pela Corte local, não procede que o agravo retido somente tenha suscitado inocorrência de prescrição em relação ao pedido principal, além de que as questões referentes à usura, responsabilidade civil, locupletamento sem causa por parte do recorrido, bem como a de não fluir prescrição de fatos, devem ser apuradas no juízo criminal antes da respectiva sentença definitiva.

Requer a nulidade do processo por cerceamento de defesa, em vista do julgamento antecipado da lide, pleiteando o provimento do agravo retido para afastar a inépcia da inicial quanto ao alegado vício de coação consistente nas agressões físicas e no abandono material da autora e de suas filhas, devendo ser conferido o prazo de 10 dias para emendar a inicial.

Obtempera que o seu direito foi violado por ocasião da lavratura das escrituras de compra e venda dos imóveis em favor dos réus Raul, Marines, Rafael e outros, no ano de 2002, e não pela outorga da procuração a José Dalmolin (instrumento de mandato que serviu para acobertar empréstimo usurário e que nem sequer poderia ensejar transmissão de direito válida).

Salienta que são questões relevantes, suscitadas como pontos fundamentais do pedido, que não “podem passar *in albis*”, pois o art. 515, § 1º, do CPC/1973 estabelece que serão objeto de apreciação pelo Tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

Acena que o entendimento diverge de precedente da Terceira Turma, contido no REsp n. 605.600/SP, pois incide o prazo prescricional vintenário dos pedidos indenizatórios, e o quadrienal, por se tratar de direito pessoal, relacionado a bens sonogados, correspondente ao valor do produto da venda de seu patrimônio particular e incomunicável.

Aponta que os fatos constam da Ocorrência policial n. 19.991/2004, “de 29.12.2004, de estelionato e outros crimes: apropriação indébita, abandono material, furto de papéis de valor probatório, tergiversação, falsidade ideológica, lesões corporais, formação de quadrilha, e também usura (vide o empréstimo de R\$ 3.000,00 em 2.6.99 - fl. 625 - que importava em R\$ 4.291,00 em 30.11.99 - fl. 625 verso - quase 50% em apenas 6 meses), é caso de aplicação a norma do art. 200 do NCCB/2002”, pois não houve sentença definitiva na esfera criminal.

Dei provimento ao Agravo de Instrumento n. 1.371.377/RS, interposto pela parte autora, para determinar a subida de seu recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Para logo, segundo entendo, não houve violação do art. 535 do CPC/1973, pois o Tribunal de origem emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido diverso da pretensão da parte recorrente.

3. A segunda questão consiste em saber se houve cerceamento de defesa e consequente violação dos arts. 130 e 330 do CPC/1973.

No recuso especial, a recorrente requer a nulidade da decisão interlocutória por cerceamento de defesa, aduzindo que: a) os fatos estão noticiados em ocorrência policial, não podendo fluir prescrição de fatos que devem ser apurados no juízo criminal, antes da respectiva sentença definitiva; b) deve ser dado provimento ao agravo retido para afastar a inépcia da inicial quanto ao alegado vício de coação, consistente nas agressões físicas e no abandono material da autora e de suas filhas, devendo ser conferido o prazo de 10 dias para emendar a inicial; c) seu direito foi violado por ocasião da lavratura das escrituras de compra e venda dos imóveis em favor dos réus Raul, Marínes, Rafael e outros, no ano de 2002, e não pela outorga da procuração a José Dalmolin (instrumento de mandato que serviu para acobertar empréstimo usurário e que nem sequer poderia ensejar transmissão de direito válida).

Para melhor compreensão da controvérsia, cumpre anotar que a decisão interlocutória, objeto do agravo retido julgado pelo acórdão recorrido, anotou:

2. Aptidão da inicial

Também não se identifica o vício da inépcia da inicial, posto que a Requerente busca, claramente, a invalidade das compras e vendas que o Requerido *Aramis*

José Dalmolin teria celebrado com os Demandados e do suposto concurso destes para a prática de desvio patrimonial em detrimento da Autora.

[...]

4. Prescrição

[...]

Contudo, esse último negócio foi precedido de procuração em causa própria, outorgada pela Autora e seu ex-esposo, em favor de José Dalmolin, em 02.06.1999, que por sua vez se limitou a transferir parte do bem ao Demandado *Rafael Afonso Busanello* (fl. 218).

Importa, aqui, a data da outorga da procuração *in rem propriam* ou *in rem*, pois se caracterizava o mandato como negócio jurídico que serve para transmissão de direito ao outorgado, e por isso, irrevogável (artigo 1.317, I, do Código Civil então vigente e, 685, do atual), vez que, embora agindo em nome de outrem, o faz no seu próprio interesse.

[...]

Portanto, a escritura que se seguiu à outorga do mandato consubstancia negócio jurídico meramente derivado da procuração em causa própria, sem a eficácia de reabrir qualquer prazo prescricional diante de um vício que, se houvesse, já teria ocorrido naquele primeiro negócio pro ela representada.

Enfim, considero que a demanda somente deu ingresso no protocolo em 28.05.2004 (fl. 02), há mais de quatro anos de todos aqueles negócios jurídicos, portanto, quando irremediavelmente prescrito o direito de ação, de acordo com o artigo 178, § 9º, V, 'b', do Código Civil então em vigor, prazo mantido no Código atual (artigo 178).

[...]

E a prescrição também atinge os pedidos subsidiários [...]. é que tudo decorreria da invalidade dos negócios que, como, se viu, não pode mais ser reconhecida (fls. 1.222-1.226).

No agravo retido, a autora, ora recorrente, suscitou a seguinte tese:

De início, a agravante requer a desconstituição da decisão agravada, por não ter examinado *o assunto à luz das inúmeras causas de pedir e por cerceamento de defesa*, considerando que a inicial também contém pedido cumulado de *nulidade* dos atos jurídicos em comento, matéria de ordem pública, que pode ser decretada de ofício pelo julgador (*art. 168 e § único do Novo Código Civil*). Atos realizados em fraude de lei - *art. 269 do CC revogado* (e não fraude contra credores), para acobertar os crimes constantes de ocorrência policial n. 19.991/2004 de 29.12.2004, de estelionato e outros crimes: apropriação indébita [...] falsidade ideológica, lesões corporais, formação de quadrilha [...].

3. nesse sentido, a decisão agravada violou a norma do *art. 200 do Novo Código Civil*, que prescreve: “*Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva*”. Com efeito, considerando que a prescrição é sentença de mérito, não pode ser examinada e julgada antes da produção das provas, sendo manifesto o cerceamento do direito da autora de comprovar os fatos alegados na inicial. Depois, há alegação de solidariedade todos os réus pelos ilícitos praticados, inclusive quanto aos pedidos remanescentes após a decisão agravada, pelo que descabida a extinção do processo em relação aos alegados comparsas do réu Aramis. Logo, cabível a desconstituição da decisão agravada e o deferimento de provas das provas anteriormente solicitadas, em especial a cópia do inquérito policial relacionado à ocorrência policial n. 19991/2004 de 29.12.2004.

[...]

5. Assim, deve haver juízo de retratação para postergar o exame da prescrição para após a instrução do feito, por constituir matéria impossível de ser apreciada antes da produção de provas, conforme explanado nos itens anteriores, em face das inúmeras causas de pedir.

[...]

8. Ainda que a agravante tenha feito referência, na inicial, a vício de consentimento, para cuja ação de desconstituição do negócio jurídico o prazo prescricional é de quatro anos, *isso não significa que esse seja o prazo aplicável a e espécie*, ao menos em relação ao imóvel registrado em favor de Rafael.

[...]

10. *Aliás, o prazo prescricional quadrienal não poderia ser aplicável, por não ter a agravante Elaine participado dos negócios jurídicos.*

[...]

15. A agravante também não concorda com o entendimento esposado por esse MM. Juízo no sentido de que a prescrição atinge os pedidos subsidiários pela impossibilidade de recuperar os bens, e que tudo decorreria da invalidade dos negócios que não podem ser mais reconhecida. Com efeito, o pedido subsidiário de indenização *é direito pessoal (e não real), correspondente ao valor da usurpação do produto da venda do patrimônio particular e incomunicável da autora e respectivos lucros cessantes que deixou de auferir*, cuja pretensão repousa no princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa, e tem como causa de pedir os atos ilícitos praticados pelos agravados, modo solidário. Sendo ação pessoal, a prescrição era regulada pelo *artigo 177 do CC revogado*, prevendo prazo de vinte anos, não transcorrido no caso em comento. (fls. 1.237-1.241)

O acórdão recorrido, por seu turno, dispôs:

A autora, em sede de preliminar, protesta pela análise e julgamento dos agravos retidos por ela interpostos contra a sentença que declarou a prescrição

da ação no tocante ao pleito de declaração de nulidade de negócios jurídicos, por alegado vício de consentimento, extinguindo o feito em relação aos demais demandados, na forma do art. 269, inciso IV, do CPC, com alteração no pólo passivo da demanda, e determinando o prosseguimento da ação em relação ao demandado Aramis tão-somente em relação ao pedido de indenização por danos morais.

[...]

Dos agravos retidos.

Insurge-se a autora contra a decisão saneadora, através de dois agravos retidos. O primeiro, da decisão que declarou a prescrição da ação em relação ao pedido de declaração de nulidade dos negócios jurídicos elencados na inicial, determinando o prosseguimento do feito tão-somente em relação ao demandado Aramis, e restrito ao pedido de indenização por danos morais. O outro agravo foi interposto contra a decisão que extinguiu o feito em relação aos demais requeridos.

Inicialmente, não houve cerceamento de defesa face o exame da matéria atinente à prescrição antes da instrução processual, tendo em vista se cuidar de questão eminentemente de direito, de ordem pública, que reclama análise em qualquer fase processual, independentemente de provocação das partes.

Rejeito, assim, a preliminar de nulidade da decisão agravada.

A autora buscou ver declarada a nulidade de negócios jurídicos firmados pelo demandado Aramis José Dalmolin com Raul Dalmolin e sua esposa, Marinês Piovesan Dalmolin, Espólio de José Dalmolin e Rafael Afonso Busanello, aduzindo que o réu Aramis dispôs do patrimônio da autora como se fosse coisa própria dele, sendo que os créditos que representavam o produto da alienação desses bens particulares, ficaram em nome particular do réu Aramis (fl. 03).

Acrescentou que [...] o réu Aramis, na condição de administrador dos bens particulares da esposa, em face do casamento celebrado sob o regime da comunhão parcial de bens, apropriou-se indevidamente, usurpando para si e para os réus Raul e Rafael, os bens imóveis adquiridos com valores exclusivamente pertencentes à demandante, em sub-rogação dos bens particulares que a mulher possuía ao casar, em prejuízo da autora, a qual foi induzida, lograda, coagida e mantida em erro, mediante artifício, ardil e outros meios fraudulentos [...] (fl. 04) (grifei).

Em face do alegado vício de consentimento, pretendeu a autora a declaração de nulidade das alienações relativas aos imóveis matriculados sob os números 8.014, 9.720, 9.721, 8.430, 8.431 e 9.768, do Registro de Imóveis de São Pedro do Sul-RS.

Em relação ao imóvel de matrícula n. 8.014, consistente em uma fração de terras de campo, sem benfeitorias, com área superficial de 210.522,93m², situada no Município de Quevedos, Comarca de São Pedro do Sul, foi adquirida

pelo demandado Raul Dalmolin, parte em 17.03.1989 (fls. 169-170), parte em 29.07.1991 (fls. 171-172).

s imóveis objeto das matrículas 9.720 e 9.721, consistentes, em duas frações de terras, sem benfeitorias, com área superficial de 558.780,62 m² e 290.515,02 m², respectivamente, ambos localizados no Município de Quevedos, Comarca de São Pedro do Sul-RS, foram objeto de contrato particular de promessa de compra e venda firmado pelos demandados Raul Dalmolin e Marinês Piovesan Dalmolin com Alcides Boff, em data de 18.08.1999 (fls. 619-623), registrada a compra e venda definitiva em 09.07.2002 (fls. 178A e 179).

Por sua vez, o imóvel da matrícula 8.431, relativo a uma fração de terras de campo e matos, com benfeitorias, e com área superficial de 491.349,34 m², situada no Município de Quevedos, Comarca de São Pedro do Sul-RS, foi objeto de contratos de promessa de compra e venda, celebrados pelos réus Raul Dalmolin e Marinês Piovesan Dalmolin, o primeiro com Maria Amália Pacheco, em 17.10.1994 (fl. 183) e o segundo com Adão Pacheco da Silva e Reni Beren Felipe da Silva, herdeiros de Maria Amália, em 31.03.1997, devidamente registradas em 06.08.1997 (fl. 184).

O imóvel objeto da matrícula n. 8.430, consistente em uma fração de terras, sem benfeitorias, com área superficial de 381.219,38m², localizada no Município de Quevedos, Comarca de São Pedro do Sul (fl. 182), foi transferida ao demandado Raul Dalmolin, por meio de escritura pública de cessão de direitos hereditários, firmada em 17.10. 1994 (fls. 183-184). Parcelas da referida área foram prometidas à venda pela própria autora, 44,34ha em 25.08.1992 (fls. 589-590) e 29,96ha em 30.05.1997 (fls. 615-616).

A área acima descrita é a mesma que consta da matrícula n. 9.768 (fls. 213-215). Nesta, a autora e o réu Aramis outorgaram procuração em causa própria, em favor de José Dalmolin, em 02.06.1991, conferindo-lhe poderes para vender, prometer vender, ceder e transferir ou por qualquer outra forma alienar a *Raul Dalmolin* ou a quem este indicar?, parte do imóvel acima descrito, mais especificamente, ?uma área de terras com 74,3Ha., o que foi feito em 11.10.2000 (fl. 213).

Conforme bem apanhado pela decisão agravada, importa para o deslinde da questão, a data em que outorgada a procuração in rem propriam pela autora e pelo réu Aramis, tendo em vista se constituir em transmissão de direito ao outorgado, no caso, José Dalmolin, que, embora transacionou em nome dos mandantes, agiu em seu próprio interesse e por conta própria.

Conforme disposto no art. 1.317, inciso I, in fine, do Código Civil de 1916, com correspondência legislativa com o art. 685 do atual CC, a procuração em causa própria é irrevogável, tendo em vista se cuidar de transferência de direito, como dito, obrigando os sucessores do mandante e do mandatário, cabendo a eles respeitar as disposições contidas naquele documento.

Assim, ao contrário do sustentado pela agravante, conforme referido pela magistrada *a quo*, [...] a escritura que se seguiu à outorga do mandato consubstancia negócio jurídico meramente derivado da procuração em causa própria, sem a eficácia de reabrir qualquer prazo prescricional diante de um vício que, se houvesse, já teria ocorrido naquele primeiro negócio por ela representada (fl. 1.097).

Feito o registro individualizado das datas em que realizados os negócios que pretende ver a autora desconstituídos, bem como definido o marco inicial para a contagem do prazo prescricional, e considerando-se que o fundamento da pretensão se funda no alegado vício de consentimento, incide no caso a regra prevista no art. 178, § 9º, inciso V, alínea b, do Código Civil de 1916, vigente à época, segundo o qual prescreve em 04 (quatro) anos a ação de anular ou rescindir os contratos, para a qual se não tenha estabelecido menor prazo; contado este [...] no caso de erro, dolo, simulação ou fraude, do dia em que se realizar o ato ou o contrato.

Assim, tendo a autora ingressado com a demanda em 28.05.2004 (fl. 02), forçoso reconhecer-se a ocorrência da prescrição, conforme declarado na decisão agravada, extinguindo o feito em relação aos demandados Raul, Marinês, Rafael e Espólio de José Dalmolin, e limitando a demanda, em relação ao réu Aramis, ao pedido de indenização por danos morais.

Por fim, ainda que conste da inicial afirmação de ter a autora sido vítima de coação, não há nos autos qualquer indicativo de sua ocorrência, mesmo porque nada consta na inicial acerca de situação capaz de caracterizá-la, limitando-se a requerente a tecer considerações vagas e imprecisas, impedindo a defesa do demandado no ponto, razão por que, também no tópico, merece confirmação a decisão recorrida, que reconheceu ser a petição inepta quanto à alegada coação.

Declarada a prescrição da ação, e tendo em vista que o agravo retido não implica em suspender os efeitos da decisão recorrida, nada impede sejam excluídos do pólo passivo da ação os demandados que tiveram a seu favor reconhecida a prescrição.

Isto posto, rejeito a preliminar e nego provimento aos agravos retidos.

3.1. Na verdade, a questão jurídica central, subjacente aos pedidos julgados antecipadamente, inclusive para saber se foi adequado o julgamento dessa maneira, é bastante relevante e demanda a correta delimitação do conceito, natureza jurídica e eficácia da denominada procuração em causa própria (*in rem suam*).

A discussão envolve analisar se a procuração em causa própria consubstancia título translativo de propriedade e, em caso afirmativo, se sua existência e validade estariam condicionadas à presença dos mesmos elementos de validade do contrato de compra e venda ou de outro eventual contrato.

Isso porque a autora e as instâncias ordinárias afirmam que a procuração outorgada ao ex-marido ostenta natureza de “procuração em causa própria” (*in rem suam*).

Os sistema jurídicos são lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos [...]. É fácil compreender-se qual a importância que têm a exatidão e a precisão dos conceitos, a boa escolha e a nitidez deles, bem como o rigor na concepção e formulação das regras jurídicas e no racionar-se com elas [...]. “A falta de precisão de conceitos e de enunciados é o maior mal na justiça, que é obrigada a aplicar o direito” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: validade, nulidade e anulabilidade. Atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2012, t. IV, pp. 13-26).

O tema da procuração em causa própria suscita todo tipo de vacilação doutrinária e jurisprudencial, sendo fundamental, portanto, conferir ao instituto maior operabilidade e segurança jurídica, aclarando seu conceito, sua natureza jurídica e, sobretudo, seus efeitos.

De fato, não são poucos os autores que apontam as controvérsias e os aspectos nebulosos que cercam a matéria, já destacando Clovis Bevilacqua que o instituto “tem sido capa de abusos e fonte inesgotável de contendas judiciais” (BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p. 435).

Menciona-se, ainda, exemplificativamente:

Entre si, não se entenderam eles na caracterização do instituto, nem, tão-pouco, quanto à sua eficácia. Quando falavam de procuração *in rem suam*, tinham em mente o mandato, em que tal cláusula se inserisse. O resultado foi a enorme balbúrdia na jurisprudência e nos livros de exposição do direito. Aqui, afirmava-se que a procuração em causa própria era forma particular da cessão de crédito, ou ato de alienação, ou cessão de crédito, ou de direito [...]; ali, a procuração em causa própria não importa a cessão [...].

(PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: direito das obrigações, gestão de negócios alheios. Atual. Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. t. XLIII. São Paulo: RT, 2012, p. 231-232)

1 - Problema dos mais controvertidos em Direito, sem dúvida alguma, é o da procuração em causa própria.

Sobre o que seja e quais efeitos dela defluem, reina a mais absoluta disparidade de pontos de vista entre renomeados civilistas, antigos e modernos.

Também as decisões dos Tribunais do País, ora enveredam por um caminho, ora adotam critérios diametralmente oposto; por vezes as resoluções apresentam-se como ecléticas, outras vezes não passam de tergiversantes.

E que dizer-se das soluções apresentadas por um e outro magistrado de primeira instância e das teses defendidas por cada um dos causídicos que no patrocínio de suas causas, não medem sacrifícios em esmiuçar, em, muitas vezes, forçar uma solução pouco jurídica, mas altamente rendosa e que consegue em certas ocasiões, por razões incompreensíveis, a chancela de altas Côrtes Judiciárias da Nação?

As soluções têm sido antípodas e bastante vezes antipáticas, por injurídicas.

Mestres do Direito, por uma interpretação defeituosa, uma visão unilateral, ou apêgo a fórmulas tradicionais, têm sustentado teses um tanto abstrusas que redundam no maior tumultuamento da questão.

E não, há dúvida que a procuração em causa própria é problema jurídico controvertido, mas não terrífico ou insolúvel.

(BARCELLOS, Gervasio. Procuração em causa própria. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 8, n. 45, p. 43, maio/jun. 1960)

A procuração em causa própria é instituto engendrado pelo Direito Romano para contornar duas dificuldades: de um lado, aquela decorrente da então existente impossibilidade legal de cessão de créditos; de outro, aquela derivada da impossibilidade de se fazer a tradição da coisa - com a consequente transmissão da propriedade -, se havia a posse.

De fato, para ladear tais dificuldades, nomeava-se procurador *in rem suam*, que detinha o poder de investir contra eventual devedor em nome do outorgante, retendo para si os proveitos obtidos, sem dever de prestação de contas (PORCHAT, Reynaldo. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 17, n. 65, pp. 507- 517, abr. 1928; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: direito das obrigações, gestão de negócios alheios*. Atual. Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. T. XLIII. São Paulo: RT, 2012, pp. 225).

Clovis Bevilacqua fornece os contornos da procuração *in rem suam* no Direito Romano, *in verbis*:

A estes dois efeitos da clausula *in rem suam*, acrescentam alguns autores o da cessão. Em direito romano tal era, realmente, a função dessa clausula.

Sendo as obrigações instramissíveis, mas havendo necessidade, com o progresso economico, de as alienar, inventou-se um meio indirecto de chegar a

esse resultado, fugindo ao rigor do direito, que preceituava a intransmissibilidade do vínculo obrigatório, a imutabilidade dos sujeitos das relações creditoras, sem se recorrer á novatio obligationis. Aquelle a quem se queria transmitir o crédito, - diz Dernburg (Pand. II, 47) era nomeado procurado na lide, com autorização de reter para si a somma obtida. Era esse o procurator in rem suam. Elle recebia procuração para accionar, e fazia seu o interesse da acção. Mas, actualmente, não ha necessidade desse recurso desviado, para que os creditos se transmittam no comercio ordinario da vida. Tornou-se inutil, sem função este modo de transferir creditos. A consequencia natural dessa inutilidade seria o desaparecimento do procurator in rem suam.

(BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p. 435-436)

No direito brasileiro, o sistema jurídico anterior ao Código Civil de 1916 já reconhecia a procuração em causa própria, como bem demonstra o § 7, do Título 45, do Livro III, das Ordenações Filipinas, nestes termos:

Titulo XLV

Do que he demandado por alguma cousa, e noméa outro por autor, que o venha defender (...) E se esse nomeado por autor quer defender o réo principal, assi como o Procurador em cousa sua própria, a que pertence todo o proveito e dano da demanda, por ser obrigado a compôr o vencimento della, em tal caso, se elle se obrigar, e der penhores, ou fiadores em Juizo, que sendo a sentença dada contra elle, fará de maneira, que livremente será executada na cousa demandada, ou pagará logo todo o interesse ao autor principal, poderá elle defendel-o, ainda que seja contra vontade do autor, e prosseguir a demanda até o fim. [g.n.]

O instituto foi, posteriormente, consagrado no art. 1.317, I, do Código Civil de 1916. Confira-se:

Art. 1.317. É irrevogável o mandato:

I. Quando se tiver convencionado que o mandante não possa revoga-lo, ou for em causa própria a procuração dada.

II. Nos casos, em geral, em que for condição de um contrato bilateral, ou meio de cumprir uma obrigação contratada, como é, nas letras e ordens, o mandato de paga-las.

III. Quando conferido ao sócio, como administrador ou liquidante da sociedade, por disposição do contrato social, salvo se diversamente se dispuser nos estatutos, ou em texto especial de lei.

O atual Código Civil, no art. 685, prevê:

Art. 685. Conferido o mandato com a cláusula “em causa própria”, a sua revogação não terá eficácia, nem se extinguirá pela morte de qualquer das partes, ficando o mandatário dispensado de prestar contas, e podendo transferir para si os bens móveis ou imóveis objeto do mandato, obedecidas as formalidades legais.

Assim, é possível observar que o instituto da procuração *in rem suam* goza de reconhecimento histórico no sistema jurídico nacional, do qual deriva a sua grande presença na práxis jurídica brasileira.

Em sede doutrinária, quem melhor tratou do tema foi mesmo Pontes de Miranda, no Tomo XLIII de seu monumental Tratado de Direito Privado.

Seguindo de perto as lições do mestre tratadista, pode-se afirmar que, quanto à natureza jurídica, a procuração em causa própria, tal como a ordinária procuração, é negócio jurídico unilateral.

Trata-se, a rigor, do chamado negócio jurídico de procura, de que resulta o instrumento de procuração.

A noção exata do instituto se evidencia ao comparar a procuração e o mandato.

De fato, é de toda conveniência não confundir os institutos, notadamente por possuírem naturezas jurídicas diversas: a procuração é negócio jurídico unilateral; o mandato, contrato que é, apresenta-se como negócio jurídico geneticamente bilateral. De um lado, há uma única declaração jurídico-negocial; de outro, duas declarações jurídico-negociais que se conjugam por serem congruentes quanto aos meios e convergentes quanto aos fins.

Em suma, muito embora o nome do outorgado conste do instrumento de procuração, ele não é figurante, pois o negócio jurídico é unilateral.

Observa-se que, não obstante a imprecisa redação do art. 653 do CC/2002, a procuração não é, necessariamente, instrumento do mandato, devendo-se evitar, de cambulhada, tomar um conceito pelo outro.

Menciona-se, por oportuno, a lição sempre precisa de Pontes de Miranda:

1. *Conceito de procuração.* - Já vimos que a confusão entre mandato e procuração revela que se não aprofundou o estudo dos institutos. Pode alguém ser mandatário sem ser, ou ainda sem ser procurador, e o procurador pode não ser mandatário, ou ainda não no ser. A revogação dos poderes de procura deixa intacto o contrato de mandato e o mandante, que revogou o mandato, tem de revogar a procuração. Quando a lei diz que a procuração é o instrumento do

mandato [...], apenas pode ser entendida como se dissesse que a procuração pode ser um dos instrumentos - o mais eficiente - do mandato.

Pode haver mandato oral, a procuração, essa, tem de ser por escrito.

Procura é o instrumento pelo qual alguém, pessoa física ou jurídica, outorga a outrem poderes de representação.

[...]

2. *Precisões conceituais.* - Quando o Código Civil diz, no art. 1.288, 2.a alínea, que a procuração é o instrumento do mandato, não faz da procuração a forma, o documento do mandato; apenas se referiu ao que mais acontece: fazer-se a procuração para que mais facilmente se exerçam os poderes a que alude o mandato e podem ser diferentes daqueles que se mencionam no escrito ou no contrato oral de mandato.

Não há a essencialidade de se passar a procuração (= outorgar, unilateralmente, poderes), de modo que há mandato sem procuração e há procuração sem mandato. A procuração, conforme temos frisado, é negócio jurídico unilateral, abstrato. Se, no mesmo instrumento (na mesma forma!), se dão os poderes, unilateralmente, e se conclui o contrato de mandato, o que exige a assinatura dos dois figurantes, porque se trata de negócio jurídico bilateral, é outro problema, que se reduz à afirmação de se terem posto no mesmo escrito os dois negócios jurídicos. No mesmo "instrumento" (no sentido técnico), poder-se-iam inserir três ou mais negócios jurídicos diferentes, como o contrato de advogado, o contrato de mandato e o negócio jurídico unilateral de procuração. Procuração não se aceita. Quando se diz que o outorgado "aceita a procuração", apenas, sem termos próprios, se declara que o outorgado aceitou e se fez mandatário, ou o advogado aceitou o contrato de advocacia. Nos autos, por exemplo, o juiz, que verifica quais os poderes do procurador judicial, nada tem com o que se concluiu como contrato de mandato, ou como contrato de advocacia, entre o outorgante e o outorgado.

3. *Natureza da procuração.* - O mandato é contrato causal; a procuração é negócio jurídico unilateral, abstrato. Aquêle é indiferente à gratuidade e à onerosidade, porque se permitiram o mandato gratuito e o oneroso. Não se passa o mesmo com a compra-e-venda e a troca, que são contratos onerosos, e com a doação, que é contrato gratuito. Não há, sempre, a correspectividade, no mandato; mas pode haver (sem razão, FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di Diritto del lavoro*, 65; e FRANCESCO MESSINEO, *Dottrina generale del Contratto*, 3ª ed., 237, e antes *La Natura giuridica del Contratto di Sconto dopo la riforma del Codice Civile*, Studi per L. BARASSI, 4 s.). A procuração, essa, é sempre negocio jurídico unilateral, negocio jurídico abstrato.

Em boa terminologia, o negocio jurídico unilateral, de que resulta o instrumento de procuração, é negocio jurídico de procura. Procurar é exercer a incumbência ou outorga de procurador. Procurado é o outorgante: cura, pro,

diante, à frente, em vez de. A própria língua alemã tem Prokura; e a holandesa, procuratie.

Devido à unilateralidade do negócio jurídico da procura, se a pessoa nomeada atende à outorga e responde que “aceita”, supôs, como existente, subjacentemente, ou justajacentemente, oferta de mandato, ou de contrato de advocacia, ou de outro contrato, para a qual êle dirige a aceitação. Outro negócio jurídico, bilateral, ou mesmo plurilateral, se conclui, inconfundível com o negócio jurídico unilateral da procura.

Aliás, o procurador, antes ou já após o início do exercício dos poderes outorgados, pode oferecer contrato de mandato, de advocacia, ou outro contrato, de jeito que precise ser aceita pelo outorgante a oferta. Mesmo assim, tem-se de evitar qualquer confusão entre o negócio jurídico unilateral da procuração e o negócio jurídico bilateral ou plurilateral sobrejacente.

(PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado: direito das obrigações, gestão de negócios alheios. Atual. Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. t. XLIII. São Paulo: RT, 2012, p. 185-187)

As referidas lições encontram guarida na doutrina contemporânea:

O mandato é contrato a irradiar relação jurídica obrigacional entre mandante e mandatário. Dele não deriva ao mandatário o poder de dispor de direito do mandante, em nome próprio, assim como não deriva o poder de representação do mandante. Ambos os poderes decorrem, respectivamente, da autorização e da procuração, tornando o mandante autorizado ou representante. (HAICAL, Gustavo. Autorização no Direito Privado. São Paulo: RT, 2019)

Nesse contexto, pode-se conceituar a procuração em causa própria *como o negócio jurídico unilateral que confere um poder de representação ao outorgado, que o exerce em seu próprio interesse, por sua própria conta, mas em nome do outorgante*. Nesse sentido: REsp n. 443.770/RJ, rel. Ministro *Carlos Alberto Menezes Direito*, *Terceira Turma*, julgado em 10/12/2002, DJ 24/2/2003, p. 230; REsp n. 1.269.572/SP, rel. Ministro *Sidnei Beneti*, *Terceira Turma*, julgado em 17/4/2012, DJe 09/5/2012; RE n. 83.946, relator Ministro *Moreira Alves*, *Segunda Turma*, julgado em 24/9/1976, DJ 22-10-1976 pp-09229 Ement vol-01039-02 pp-00277 RTJ vol-00080-02 pp-00624.

Da mesma forma, colhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal precedente de relatoria do eminente Min. *Moreira Alves* que esclarece que a procuração *in rem suam*, de fato, não deixa de atribuir ao procurador um poder de representação e é exercida em nome do outorgante, mas no interesse do outorgado (RE n. 83.946, Relator(a): *Moreira Alves*, *Segunda Turma*, julgado

em 24/9/1976, DJ 22-10-1976 pp-09229 Ement vol-01039-02 pp-00277 RTJ vol-00080-02 pp-00624).

Na mesma esteira de intelecção, manifesta-se abalizada doutrina:

O poder de representação em causa própria é como qualquer outro poder de representação; apenas o outorgado o exerce em seu próprio interesse. Se há, ou não relação jurídica subjacente, justacente, ou sobrejacente, a que esse pode se ligue, não importa, no que diz respeito à natureza e à extensão do poder in rem suam. Pode bem ser que, nos termos da relação jurídica básica, haja outros direitos ou outros deveres do outorgado, ou do outorgante; nada disso atinge o poder de representação in rem suam, nas sua abstratividade. Infelizmente, imprecisões lamentáveis surgiram nos livros e nas decisões [...].

A procura em causa própria é procura em nome do outorgante, pôsto que por conta do outorgado. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado: direito das obrigações, gestão de negócios alheios. Atual. Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. t. XLIII. São Paulo: RT, 2012, p. 226-227)

Nessa linha de argumentação, a autorização para dispor também se distingue da procuração em causa própria. Ainda que a autorização para dispor e a procuração em causa própria tenham por eficácia atribuir o poder de dispor aos respectivos autorizado e procurador, estas são figuras distintas. Na procuração em causa própria, o procurador conclui o negócio jurídico de disposição em nome do procurado, mas dispõe o direito em causa própria. Pela autorização, o autorizado tem o poder para dispor de direito do autorizante em nome próprio, podendo tanto ser em causa própria como à conta do autorizante.

(HAICAL, Gustavo. Autorização no Direito Privado. São Paulo: RT, 2019)

Dá-se o nome de procuração em causa própria (*in rem suam*) à outorga de poderes de representação no interesse do outorgado. Disto resulta que, sem pejo de o outorgado atuar em nome do outorgante, para o procurador nascem direitos, pretensões e ações de sua própria titularidade, relativamente ao objeto da procura.

(ASSIS, Araken. Contratos nominados: mandato, comissão, agência e distribuição, corretagem, transporte In REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coords.). Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. v. 2. São Paulo: RT, 2005, p. 125) [g.n.]

3.2. Quantos aos efeitos, o negócio jurídico referente à procuração em causa própria outorga ao procurador, de forma irrevogável, inextinguível pela morte de qualquer uma das partes e sem dever de prestação de contas, o poder

formativo (direito potestativo) de dispor do direito (real ou pessoal) objeto da procuração.

Em outras palavras, a rigor não se transmite o direito objeto do negócio jurídico, outorga-se o poder de transferi-lo.

Conforme preceitua Pontes de Miranda, o titular do poder formativo de dispor “está em tal relação com a esfera jurídica, de que há de sair o bem da vida, que o seu ato tem o efeito que o agente quer que se produza” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: validade, nulidade, anulabilidade. Atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2012, p. 197).

Tal poder atuará, ao fim e ao cabo, como fator de eficácia de eventual negócio jurídico de disposição que vier a ser celebrado (HAICAL, Gustavo. *Autorização no Direito Privado*. São Paulo: RT, 2019; COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, pp. 50 e 56).

Em regra, o poder formativo de dispor é exercido pelo próprio titular do direito. No entanto, conforme leciona o mestre alemão Andreas von Tuhr, o referido poder pode ser atribuído a outrem para ser exercido em nome do titular do direito ou em nome próprio (TUHR, Andreas von. *Parte General del Derecho Civil*. Trad. Wenceslao Roces. Granada: Editorial Comares, 2006, pp. 69-70).

Essa situação excepcional é o que ocorre no caso da procuração em causa própria: ao procurador é outorgado o poder de dispor do direito objeto do negócio jurídico de procura, exercendo-o em nome do outorgante (titular do direito), mas em seu próprio interesse.

É bem de ver, no entanto, que não há aqui nenhuma violação da regra *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, que, para ser exata, deve ser lida como “ninguém pode transferir mais direitos do que tem ou do que tem poderes para transferir” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: eficácia jurídica, direitos, ações. T. V. Atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2013, p. 405; TUHR, Andreas von. *Parte General del Derecho Civil*. Trad. Wenceslao Roces. Granada: Editorial Comares, 2006, p. 57).

Assim, o outorgante continua sendo titular do direito (real ou pessoal) objeto da procuração em causa própria, de modo que o outorgado passa a ser apenas titular do poder de dispor desse direito, em seu próprio interesse, mas em nome alheio.

Nesse sentido:

3. *Quais os direitos que se atribuem ou são atribuíveis ao procurador em causa própria.* - ¿Que é que o outorgante atribui ao procurador em causa própria? Não é a propriedade imobiliária, ou a mobiliária; nem o crédito, se a procura é a respeito de crédito.

(...) O que se transfere não é o direito de crédito, ou de propriedade, ou outro direito transferível: é o poder de transferi-lo, com todo o proveito e dano desde o momento em que se deu a procuração em causa própria. Tanto o procurador pode transferir a outrem como a si mesmo e, se o bem é divisível, a duas ou mais pessoas, dentre as quais se pode pôr. Há, portanto, atribuição de direito formativo dispositivo.

(...) A atribuição é de direito independente (*selbständiges Recht*) a exercer o direito de disposição (e. g., o direito de crédito). Não há a transmissão do direito de propriedade, ou de posse, nem a transmissão do direito de crédito.

(PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado: direito das obrigações, gestão de negócios alheios. Atual. Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. t. XLIII. São Paulo: RT, 2012, p. 240 e 244)

Em sede jurisprudencial, há precedente do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do eminente Ministro Sidnei Beneti, que, após apontar a ampla utilização do referido instrumento no Direito brasileiro, *destaca que a procuração em causa própria, a rigor, não transmite o direito objeto do negócio ao procurador, mas sim lhe outorga o poder de transferi-lo para si ou para outrem. Veja-se:*

13.1.- O mandato em causa própria (*procuratio in rem suam*), apresenta um diferencial bem nítido em relação aos demais contratos de mandato, pois é outorgado em interesse do próprio mandatário. Por força dessa cláusula inserida no contrato de mandato, dispensa-se o mandatário de prestar contas de seus atos, e outorgam-se a ele amplos poderes de alienar o bem objeto do contrato, inclusive para ele próprio, podendo, por vezes, demandar judicialmente, com relação ao bem, em seu próprio nome.

A procuração em causa própria é um negócio jurídico muito utilizado no âmbito do direito imobiliário. Por meio desta procuração, o vendedor do imóvel constitui o próprio comprador como seu procurador para representá-lo em cartório por ocasião da lavratura da escritura definitiva de compra e venda. O comprador, no ato da compra e venda, representa a si e ao vendedor, dispensando este da conclusão do negócio e transferência imobiliária.

[...] Como se verifica, o dispositivo em questão, além de assinalar a impossibilidade de extinção do contrato pela vontade unilateral do mandante ou morte de qualquer das partes, também garante ao mandatário o direito subjetivo

de transferir para si os bens móveis ou imóveis objeto do mandato, desde que obedecidas as formalidades legais. [g.n.] (REsp 1.269.572/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 17/04/2012, DJe 09/05/2012) [g.n.]

De fato, se a procuração *in rem suam* operasse, ela própria, transferência de direitos reais ou pessoais, estar-se-iam abreviando institutos jurídicos e burlando regras jurídicas há muito consagradas e profundamente imbricadas no sistema jurídico nacional.

Em síntese, à procuração em causa própria não pode ser atribuída a função de substituir, a um só tempo, os negócios jurídicos obrigacionais (por exemplo, contrato de compra e venda, doação) e dispositivos (*v.g.*, acordo de transmissão) indispensáveis, em regra, à transmissão dos direitos subjetivos patrimoniais, notadamente do direito de propriedade.

Conforme advertia Clovis Bevilacqua, a noção de contrato “não pode desaparecer, sem que se subverta a ordem social” (BEVILAQUA, Clovis. *Evolução da Theoria dos Contractos em nossos dias*. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 9. ano 3. p. 331. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2016).

As balizas fixadas acerca da procuração em causa própria não podem desvirtuar todo o sistema erigido pelo direito brasileiro para a transmissão dos direitos subjetivos patrimoniais.

Com efeito, no direito nacional, de maneira semelhante ao que ocorre no direito alemão e ao contrário do que se verifica no direito francês, adota-se o denominado sistema do “título e modo”, segundo o qual a transmissão dos direitos subjetivos patrimoniais somente se perfaz com os negócios jurídicos dispositivos, não bastando para esse mister os negócios jurídicos meramente obrigacionais.

Exemplificativamente, pelo contrato de compra e venda, a teor do art. 481 do CC/2002, o vendedor promete transferir a propriedade do bem ao comprador, que, por sua vez, promete pagar-lhe certo preço em dinheiro. Não há transferência, há promessa de transferir, porquanto o contrato de compra e venda é negócio jurídico obrigacional, não real. A transmissão, nesse contexto, somente ocorrerá com o negócio jurídico de disposição aliado, em regra, à tradição - em caso de bens móveis - ou ao registro - em caso de bens imóveis.

É imperioso observar, portanto, que a procuração em causa própria, por si só, não produz cessão ou transmissão de direito pessoal ou de direito real, sendo tais afirmações fruto de equivocado romanismo, que se deve evitar. De fato,

como cediço, também naquele sistema jurídico, por meio da procuração *in rem suam*, não havia verdadeira transferência de direitos.

Desse modo, a procuração em causa própria não é - nem pode vir a ser - título translativo de propriedade dos bens da autora.

Menciona-se, no mesmo sentido, copiosa doutrina, clássica e contemporânea:

É, pois, indubitável que a procuração em causa própria não importa cessão de crédito, e muito menos é título hábil para transferir direitos reais.

(BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. v. 2. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p. 436)

Não houve a transferência do direito de que se pôde dispor, houve a transferência ou a constituição do poder de dispor do direito como seu.

No Código Civil brasileiro, tal explicação, que tem fontes históricas, é a que se há de sustentar. Se se entendesse que a procuração em causa própria é cessão de direitos, inclusive de créditos e de propriedade, ter-se-ia pôsto na lei confuso bis in idem. Seria supérflua e desaconselhável a alusão à procuração em causa própria. Não se "abrevia" qualquer instituto, seja o da cessão de créditos, seja o da transferência da propriedade ou de outro direito (sem razão, MÁRIO FERREIRA, Do Mandato em causa própria no direito brasileiro, 87). O outorgante não transferiu o direito, pessoal ou real, que poderia ser cedido ou transferido; o outorgante transferiu o que distintamente podia transferir: o direito de dispor; e atribuiu ao outorgado, desde logo, "todo o proveito e dano". A figura é inconfundível e não abrevia qualquer instituto dispositivo.

(PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado: direito das obrigações, gestão de negócios alheios. Atual. Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. t. XLIII. São Paulo: RT, 2012, p. 240-241)

Entretanto, nossos colendos tribunais, com a peculiar sabedoria de sempre, já decidiram e firmaram doutrina, resolvendo que ela não é meio hábil para proceder-se à cessão de direitos reais, reconhecendo a sua força de irrevogabilidade para haver perdas e danos nas transferências de obrigações, garantindo os outorgantes. A procuração não é um título perfeito de alienação de bens de raiz, porquanto, no Direito Romano clássico, foi introduzido apenas como um meio de cessão das obrigações, e com o fito de não ser preciso o consentimento do devedor, que poderia recusar-se a dá-lo e, assim tornar impossível a dita cessão, mas não e nunca de direitos reais.

A melhor doutrina, "data venia", é aquela que nega, à procuração em causa própria, força para transferência de domínio.

Ela não pode transformar-se em venda, porque não tem forma desta, com as suas características próprias. Conforme lição magnífica de Azevedo Marques, “na procuração o mandante não declara que vende ao mandatário; limita-se a dar-lhe poderes para uma venda futura a terceiros, que só serão conhecidos no momento de venda. Logo, no mandato não há o “consensus” entre vendedor e um comprador individuado, como seria indispensável” (“in” “Rev. dos Tribs.”, vol. 65/673; Clóvis Bevilacqua, “in” “Com. ao Código Civil (LGL\2002\400)”, e Carvalho de Mendonça, “in” “Direito Comercial”, 6, n. 832).

(BRASIL, Miguel René da Fonseca. A procuração em causa própria é meio hábil para transferência de domínio?. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 47, n. 270, p. 60-63, abr. 1958)

IV - Consequência de relevância é que a procuração em causa própria não importa cessão de crédito, compra e venda, ou doação.

O mandato, de sua própria conceituação, é contrato de caráter transitório: destina-se à execução de outro negócio jurídico que é o estável e final.

Diz, o Código Civil: “Opera-se o mandato, quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos, ou administrar inferêsses.....”.

O mandato em causa própria não pode fugir à regra geral.

Também ele, é contrato transitório, intermediário, destinando-se à execução de outro ato jurídico.

Face à sistemática do Código Civil, a ilação que se chega é que em nenhuma hipótese a cláusula “in rem suam” importa cessão de direito, compra e venda e imóvel, ou móvel, ou mesmo doação.

(...) Admitir que se quisesse praticar uma cessão de direito, uma compra e venda, ou uma doação, fazendo uso de uma procuração em causa própria, seria lançar a confusão nos negócios jurídicos, seria olvidar o Direito Positivo.

Não. Em hipótese alguma, o mandato “in rem suam”, quer especifique objeto, preço e acôrdo, não traduz uma compra e venda; não obstante tenha por fito uma liberalidade, não importa em doação; finalmente, não é uma cessão de direito.

Procuração em causa própria, qualquer que seja sua modalidade, quaisquer que sejam seus termos, é mandato apenas irrevogável, com poderes ilimitados, e, em que, não cabe prestação de contas.

V - A procuração em causa própria que se refira a bens imóveis não é registrável no Cartório do Registro de Imóveis.

(BARCELLOS, Gervásio. Procuração em causa própria. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 8, n. 45, p. 54-55, maio/jun. 1960)

No âmbito jurisprudencial, outrossim, o Supremo Tribunal Federal, quando ainda competente para examinar a matéria, teve a oportunidade de

consignar que “a procuração em causa própria não pode ser considerada título translativo de propriedade” (RE n. 25.814, relator Ministro *Antonio Villas Boas*, Segunda Turma, julgado em 22/10/1957, DJ 5/12/1957 pp-16044 Ement vol-00325-04 pp-01343 RTJ vol-00003-01 pp-00777).

Na lição de Clovis Bevilacqua, “não se devem confundir os dois momentos: o da delegação e o do acto a executar” (BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. V. 2. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p. 404)

4. Destarte, uma vez delimitados o conceito, a natureza jurídica e os efeitos, penso que a procuração em causa própria não é - nem pode vir a ser - título translativo de propriedade, representando, ao revés, negócio jurídico unilateral que atribui ao outorgado tanto o poder de representação quanto o poder formativo de transferir o direito objeto da procuração.

No caso sob exame, como visto, o fundamento adotado pelas instâncias ordinárias para julgar antecipadamente a quase totalidade dos pedidos exordiais é de que, “considerando-se que o fundamento da pretensão se funda no alegado vício de consentimento, incide no caso a regra prevista no art. 178, § 9º, inciso V, alínea *b*, do Código Civil de 1916, vigente à época, segundo o qual prescreve em 04 (quatro) anos a ação de anular ou rescindir os contratos, para a qual se não tenha estabelecido menor prazo”.

O dispositivo que embasa as decisões das instâncias ordinárias dispõe:

Art. 178. Prescreve:

§ 9º Em quatro anos:

[...]

V. A ação de anular ou rescindir os contratos, para a qual se não tenha estabelecido menor prazo; contado este:

- a) no caso de coação, do dia em que ela cessar;
- b) no de erro, dolo, simulação ou fraude, do dia em que se realizar o ato ou o contrato;
- c) quanto aos atos dos incapazes, do dia em que cessar a incapacidade;

Como visto, o art. 178, § 9º, V, “a” e “b”, do CC/1916, tido por violado, estabelece prazo decadencial para anulação de contrato por vício de consentimento, de modo que, segundo entendo, não parece adequada a invocação desses dispositivos pelas instâncias ordinárias.

Isso porque o ato jurídico unilateral, referente à procuração em causa própria, outorga ao procurador, de forma irrevogável, inextinguível pela morte de qualquer uma das partes e sem dever de prestação de contas, o poder formativo (= direito potestativo) de dispor do direito (real ou pessoal) objeto da procuração.

Como examinado, no caso da procuração em causa própria, ocorre uma situação excepcional: ao procurador é outorgado, por ato unilateral, o poder de dispor do direito objeto do negócio jurídico de procura, exercendo-o em nome do outorgante (titular do direito), mas em seu próprio interesse, e, repise-se, sem nem mesmo necessidade de prestação de contas.

Com efeito, soa até mesmo contraditório reconhecer ter sido outorgada procuração ao ex-marido da autora, com a natureza de ser em causa própria, e, no tocante às alienações com uso do instrumento, questionar erro, simulação ou fraude acerca do dia em que realizado o ato ou contrato.

A questão relativa à invalidade dos negócios jurídicos há muito desafia doutrina e jurisprudência. Há razoável uniformidade, contudo, em classificar os atos jurídicos de inexistentes, anuláveis ou nulos: ora a lei simplesmente ignora o ato e nele não reconhece atributo jurídico algum; ora o ordenamento o admite, malgrado viciado, desde que nenhum interessado se insurja contra ele; ora a lei o fulmina com pena de nulidade desde o seu nascedouro.

O Código Civil de 1916, no seu art. 145, indicava os principais vícios capazes de acoimar o ato com a pecha de “nulo” e, no seu art. 147, os vícios capazes de gerar a “anulabilidade” do ato. Muito embora a gradação de nulo a anulável guarde correspondência com a extensão ou gravidade do vício, o que é determinante na espécie é a opção legislativa em pinçar este ou aquele ato e emprestar-lhe a pecha de nulo ou anulável.

Destarte, as causas de nulidade absoluta de negócio jurídico são aquelas que a lei assim determinou, geralmente relacionadas com interesse social, todavia as causas de anulabilidade, também por opção legislativa, de regra, relacionam-se com interesses eminentemente privados.

Em sendo a procuração *in rem suam* de ato unilateral, irrevogável, não é possível, de um lado, qualificar juridicamente a tese exposta na causa de pedir como se o caso envolvesse utilização de procuração comum, quando já teria havido validamente a revogação do mandato, resultando em venda *a non domino* - o que ensejaria nulidade absoluta, atingindo todos aqueles que não agiram de boa-fé.

De outro lado, em se tratando a procuração *in rem suam* ato unilateral - e não de contrato -, irrevogável e sem dever de prestação de contas, também não se pode falar - seja com relação a esse ato, seja no tocante aos negócios que ensejou em alienação dos bens imóveis da autora - em erro, dolo, simulação ou fraude acerca do dia em que realizado o ato ou o contrato.

É de fundamental importância distinguir os institutos da nulidade e da anulabilidade com o escopo de permitir sua adequada aplicação, preservando-se a integridade do sistema jurídico.

Ambas as figuras são espécies de invalidade, sanção que decorre da entrada deficiente do fato jurídico no mundo do Direito.

Nessa linha de intelecção, Pontes de Miranda propugna que o ato jurídico pode ser *válido* ou *não válido* (nulo ou anulável), *eficaz* ou *ineficaz*. Se o negócio jurídico não existe, não há pensar em conceito de validade ou de eficácia. Primeiro vem o ser, isso antes do valer e do ter efeitos. O que não existe é nada; se lhe chama "nulo", é em sentido que não se põe no plano da validade: é o não ser, que equivocadamente se chamou de nulo (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000, tomo 5, pp. 103).

A nulidade, regulada sobretudo nos arts. 166 a 170 do Código Civil, é a sanção decorrente da prática de atos jurídicos que importam violação de normas jurídicas cogentes, afetando a própria ordem pública. A anulabilidade, disciplinada sobretudo nos arts. 171 e ss. do Código Civil, é sanção menos enérgica decorrente da prática de atos jurídicos que prejudicam diretamente os interesses particulares ou privados dos cidadãos.

Nesse contexto, esclarece Agnelo Amorim Filho - autor da obra de referência em Direito nacional acerca do tema da prescrição e da decadência - *que as ações de nulidade, por não possuírem prazo fixado em lei para o seu exercício, devem ser consideradas imprescritíveis ou perpétuas*, aplicando-se a regra geral segundo a qual os direitos não se extinguem pelo não-uso. Note-se:

O problema da identificação das denominadas ações imprescritíveis tem sua solução grandemente facilitada com a fixação daquelas duas regras, já deduzidas acima, destinadas a identificar as ações sujeitas a prescrição ou a decadência. Sendo a imprescritibilidade um conceito negativo, pode ser definido por exclusão, estabelecendo-se como regra que: são perpétuas (imprescritíveis) todas aquelas ações que não estão sujeitas nem a prescrição nem, indiretamente, a decadência. Por aí se verifica facilmente que são perpétuas (imprescritíveis): (a) todas as ações meramente declaratórias; e (b) algumas ações constitutivas (aquelas que não têm

prazo especial de exercício fixado em lei). Quanto às ações condenatórias, não há, entre elas, ações perpétuas (imprescritíveis), pois todas são atingidas, ou por um dos prazos especiais do art. 178, ou por um dos prazos gerais do art. 177.

[...]

Já temos, assim, elementos para fixar a terceira e última regra: São perpétuas (ou imprescritíveis) todas as ações declaratórias, e também aquelas ações constitutivas para as quais a lei não fixa prazo especial de exercício. (AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 7. ano 3. p. 343-375. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016. p. 371-372)

Destarte, fica evidente a máxima doutrinária, alicerçada sobretudo na teoria trinária das ações de Chiovenda, segundo a qual as tutelas *condenatórias* (que visam a recompor um direito subjetivo violado, mediante uma prestação do réu) sujeitam-se a prazos *prescricionais*; as tutelas *constitutivas* (positivas ou negativas, que visam à criação, modificação ou extinção de um estado jurídico: anulatória ou revocatória de ato jurídico, por exemplo) sujeitam-se a prazos *decadenciais*; e as tutelas *declaratórias* (v.g., de nulidade) *não se sujeitam a prazo prescricional nem decadencial* (AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. In. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, v. 3º, pp. 95-132, jan./jun. 1961).

Decorre daí a conclusão lógica de que os prazos decadenciais previstos no art. 178, § 9º, inciso V, alínea “b”, do Código Civil de 1916 referem-se às hipóteses de anulabilidade, e não de nulidade.

O caso em tela, por outro lado, conforme demonstra a causa de pedir e o narrado pelo acórdão recorrido, aponta negócios translativos de propriedade que, por terem-se valido de procuração *in rem suam*, não contêm vícios de anulabilidade, sendo válidos e eficazes; todavia, segundo exposto na exordial, tiveram o fito de, em “conluio entre os réus”, lesar a autora, que afirma ter havido até mesmo a prática de crime.

Em relação ao tema fundamental da controvérsia, anoto que a doutrina civilista, desde Windscheid, que trouxe para o direito material o conceito de *actio*, direito processual haurido do direito romano, diferencia, com precisão, os direitos subjetivo e potestativo.

O primeiro é o poder da vontade consubstanciado na faculdade de agir e de exigir de outrem determinado comportamento para a realização de um interesse cujo pressuposto é a existência de uma relação jurídica.

Nessa esteira, Caio Mário afirma que o direito subjetivo, visto dessa forma, sugere sempre de pronto a ideia de uma prestação ou de um dever contraposto de outrem:

Quem tem um poder de ação oponível a outrem, seja este determinado, como nas relações de crédito, seja indeterminado, como nos direitos reais, participa obviamente de uma relação jurídica, que se constrói com um sentido de bilateralidade, suscetível de expressão pela fórmula *poder-dever*: poder do titular do direito exigível de outrem; dever de alguém para com o titular do direito. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 1. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 36)

Encapsulados na fórmula *poder-sujeição*, por sua vez, estão os chamados direitos potestativos, a cuja faculdade de exercício não se vincula propriamente nenhuma prestação contraposta (dever), havendo, no entanto, uma submissão à manifestação unilateral do titular do direito, muito embora tal manifestação atinja diretamente a esfera jurídica de outrem.

Os direitos potestativos, porque a eles não se relaciona nenhum dever, mas uma submissão involuntária, são insuscetíveis de violação, como salienta remansosa doutrina. Os direitos potestativos podem ser *constitutivos* - como o que tem o contratante de desfazer o contrato em caso de inadimplemento -; *modificativos* - como o direito de constituir o devedor em mora ou o de escolher entre as obrigações alternativas -; ou *extintivos* - a exemplo do direito de despedir empregado ou de anular contratos eivados de vícios (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 201-202).

Somente os direitos subjetivos estão sujeitos a violações, e, quando as ditas violações são verificadas, nasce para o titular do direito subjetivo a faculdade (poder) de exigir de outrem uma ação ou omissão (prestação positiva ou negativa), poder esse tradicionalmente nomeado de *pretensão*.

Dessarte, por via de consequência, somente os direitos subjetivos possuem pretensão, ou seja, o poder de exigência de um dever contraposto, já que esse dever não existe nos direitos potestativos e nos direitos que se exercem por meio de ações de estado.

O sistema civil brasileiro de 1916, como é amplamente sabido, não tratou com muito esmero dos institutos da prescrição e da decadência, atribuindo prazos ditos prescricionais a direitos potestativos, sujeitos evidentemente à decadência. Colhem-se como exemplos dessa errônea o pedido de anulação

de casamento (art. 178, § 1º e § 4º, II, § 5º, I e II); a ação para contestar a paternidade de filho (art. 178, § 3º); a ação para revogar doação (art. 178, § 6º, I); a ação do adotado para se desligar da adoção (art. 178, § 6º, XIII); a ação para anulação de contratos em razão de vício de vontade (art. 178, § 9º, inciso V).

Quanto à prescrição, desde o diploma revogado, o legislador optou por prever um prazo geral (art. 177) e situações discriminadas sujeitas a prazos especiais (art. 178), sem exclusão de outros prazos conferidos por leis específicas.

Grosso modo, esse método foi transferido para o Código Civil de 2002, que também prevê um prazo geral (art. 205) e prazos específicos (art. 206) de prescrição.

Essa sistemática, por si só, possui a virtualidade de apanhar, ordinariamente, todas as pretensões de direito subjetivo e conferir-lhes um prazo de perecimento: se a pretensão não se enquadrar nos prazos prescricionais específicos, sujeitar-se-á, certamente, ao prazo geral.

O corolário desse entendimento é que os deveres jurídicos que se subsumem aos direitos subjetivos são *exigidos*, ao passo que os direitos potestativos são *exercidos* (AMARAL, Francisco. Op. cit., p. 565).

Nesse passo, o prazo de prescrição, em essência, começa a correr tão logo nasça a pretensão - a menos que exista hipótese de impedimento da prescrição -, a qual tem origem com a violação do direito subjetivo, isto é, quando houve a alegada alienação, com dolo de lesar, de bens imóveis da autora (mediante registro das alienações dos bens nos respectivos cartórios de imóveis).

Prescrita a pretensão, remanesce ainda o direito subjetivo desprovido de exigibilidade, como aqueles relacionados às chamadas obrigações naturais.

Este é o antigo magistério de Antônio Luís da Câmara Leal:

Posto que a inércia e o tempo sejam elementos comuns à decadência e à prescrição, diferem, contudo, relativamente ao seu objeto e momento de atuação, por isso que, na decadência, a ineficácia diz respeito ao exercício do direito e o tempo opera os seus efeitos desde o nascimento deste, ao passo que, na prescrição, a inércia diz respeito ao exercício da ação e o tempo opera os seus efeitos desde o nascimento desta, que, em regra, é posterior ao nascimento do direito por ela protegido. (CAMARA LEAL, A. L. da. Da prescrição e da decadência. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 115)

5. Assim, voltando ao exame do caso concreto, não parece adequado ao magistrado qualificar o pedido e recebê-lo como de anulação dos negócios,

ainda mais que há pedido expresso de recomposição de direito violado, mediante “restituição dos bens apropriados ou, se não for possível a restituição, com o seu equivalente, nos termos do art. 1.543 do CC, no valor atualizado de R\$ 2.574.458,92 (dois milhões quinhentos e setenta e quatro mil quatrocentos e cinquenta e oito reais e noventa e dois centavos) mais danos emergentes, lucros cessantes e danos morais”.

É que, havendo pedido *implícito ou, como no caso, expresso no sentido condenatório* (que visa a recompor um direito subjetivo violado), sujeita-se a prazo *prescricional*, pois vício não se alegou, já que são alienações que decorrem de uso de procuração em causa própria.

Portanto, por não estar presente hipótese de anulabilidade, não há falar em invocação de prazo de decadência do direito de pleitear anulação, revelando-se mesmo açodado o julgamento antecipado da quase totalidade dos pedidos exordiais, em vista desse reconhecimento, de ofício.

Outrossim, como é cediço, “enquanto a relação obrigacional tem por objeto comportamento consistente na entrega da prestação, o direito real de propriedade que recai sobre bem imóvel poderá formar-se pelo registro do título translativo no cartório de imóveis, tendo como objeto a própria coisa. Há um discrimine entre os momentos do nascimento das obrigações de dar e sua fase de adimplemento, ou de direito das coisas” (REsp n. 1.358.062/DF, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/8/2019, DJe 3/9/2019).

No ponto, o acórdão recorrido, confirmando a sentença, assinalou que as afirmadas lesivas/dolosas alienações de vários imóveis da autora, feitas mediante uso de procuração em causa própria, ocorreram efetivamente nas seguintes datas: 17.3.1989, 9.7.2002, 6.8.1997, 30.5.1997, 11.10.2000.

Em suma, nenhuma das datas mencionadas relativas às alienações de bens das autoras é mais antiga que 17/3/1989, tendo a ação sido ajuizada em 28 de maio de 2004. Observada a regra de transição do art. 2.028 do CC vigente, na vigência do CC/1916, é vintenário o prazo prescricional, pois se trata de direito pessoal (art. 177, dispositivo, aliás, também tido por violado).

Ademais, ainda que observada a mencionada regra de transição do art. 2.028 do CC/2002, em vista da data em que foi ajuizada a ação, não transcorreu o prazo trienal, previsto no art. 206, § 3º, do CC, para a pretensão de reparação civil de danos oriundos dos alegados, na inicial (causa de pedir), atos ilícitos supostamente praticados pelos réus, alegadamente “em conluio”, mediante utilização, com afirmada má-fé e dolo para lesionar a parte autora, de procuração em causa própria pelo corréu ex-marido da recorrente.

Em vista do que foi apresentado, penso que procede a tese da recorrente no sentido de que houve *error in procedendo* (cerceamento da ampla defesa, em vista do julgamento antecipado), porquanto não há falar em prescrição, sendo de rigor a anulação dos atos processuais a contar da decisão interlocutória que declarou a prescrição, para propiciar a regular tramitação e instrução do processo, permitindo o enfrentamento pelas instâncias ordinárias das várias teses fático-jurídicas constantes da exordial, após o regular contraditório.

6. Igualmente, procede a tese recursal, também suscitada em agravo retido, de que, na mesma decisão interlocutória, foi inadequado o entendimento de haver inépcia da inicial, por ser o narrado na inicial confuso, não permitindo a defesa dos réus, visto que não foi previamente conferido o prazo de 10 dias para promoção de emenda à inicial.

Isso porque, consoante a firme jurisprudência do STJ, ao receber a exordial, o juiz deve, *incontinenti*, examinar seus requisitos legais. Se necessário, deve discriminar o(s) vício(s) e determinar, desde logo, a regularização no prazo de 10 dias. Só na hipótese de o autor não sanar a(s) irregularidade(s) apontada(s), proceder-se-á à extinção do processo sem solução do mérito (art. 284, parágrafo único, do CPC/1973).

Verifique-se:

Processo Civil. Tributário. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Prévia oportunidade de emenda da inicial. Vício não sanado. Violação aos arts. 267 e 284 do CPC não caracterizada.

1. O art. 284, do CPC, prevê que: "Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial."

2. O indeferimento da petição inicial, quer por força do não preenchimento dos requisitos exigidos nos artigos 282 e 283, do CPC, quer pela verificação de defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, reclama a concessão de prévia oportunidade de emenda pelo autor. Precedentes desta Corte: REsp 951.040/RS (DJ de 07.02.2008); REsp 901.695/PR (DJ de 02.03.2007); REsp 866.388/RS (DJ de 14.12.2006); REsp 827.289/RS (DJ de 26.06.2006).

[...]

(AgRg no REsp 1.089.211/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 21/02/2011)

Processual Civil. Divergência pretoriana. Paradigma colacionado. Decisão monocrática. Impossibilidade. Embargos de devedor. Inépcia da inicial. Regularização. Intimação. Decêndio. Art. 284 do CPC.

[...]

2. É cabível a abertura de prazo a fim de que o autor regularize a inicial dos embargos de devedor. *A extinção do processo, sem exame de mérito, somente poderá ser proclamada depois de proporcionada à parte tal oportunidade, nos termos do art. 284 do CPC, em observância ao princípio da função instrumental do processo.*

Precedentes.

3. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(REsp 830.112/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 01/02/2007, p. 455)

7. Com esse entendimento, fica prejudicada a apreciação das demais teses recursais, inclusive do pedido de reconhecimento de não fluir prescrição de fatos que devem ser apurados no juízo criminal, antes da respectiva sentença definitiva, visto que, a par de não ter sido confirmada ou infirmada pelas instâncias ordinárias a tese de estar havendo apuração dos mesmos fatos no âmbito criminal, já houve interrupção da prescrição com o ajuizamento da presente ação.

8. Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para anular o acórdão recorrido e a decisão interlocutória de primeira instância, dando por superado o entendimento de ter havido prescrição e reconhecendo o direito da parte de ter oportunidade de emendar a inicial, para que o feito tenha regular instrução, propiciando o adequado enfrentamento das teses expostas na exordial, assim como o exercício da ampla defesa e do contraditório pelas partes litigantes.

É como voto.

Advogado: Sílvio Ronaldo Santos de Moraes e outro(s) - RS008938

Advogados: Cristiane de Medeiros Brito Chaves Frota - RJ085056

Acelio Jacob Roehrs - DF026753

Luciano Brust e outro(s) - RS062881

Recorrido: Urbania Comercio e Construcao Ltda - Massa Falida

Repr. por: Marcelo Machado Bertloluçi - Administrador

Advogados: Bonaparte Lazarini Jobim - RS005373

Marcio Felix Jobim - RS058452

Interes.: Urbania Comercio e Construcao Ltda

EMENTA

Falência. Massa falida condenada por litigância de má-fé. Natureza. Custas. Encargos da massa. Art. 124, § 1º, I do Decreto-Lei n. 7.661/1945 c.c. art. 35 do CPC/1973. Encargos da massa que têm preferência sobre os créditos da falência. Desnecessidade de habilitação, observadas as ressalvas legais.

1. As dívidas da falida anteriores ao decreto falimentar e que justificam o concurso de credores, não se confundem com os encargos da massa, que se constituem após e em decorrência do próprio processo de falência.

2. Por força de expressa previsão contida no art. 35 do CPC/1973, as sanções impostas em consequência de litigância de má-fé serão contadas como custas judiciais e configuram encargos da massa na forma prevista pelo art. 124, § 1º, I, da LF/1945.

3. Os encargos da massa, por serem distintos dos débitos da própria falida, são preferenciais e não dependem de habilitação para serem satisfeitos, observadas as ressalvas legais do art. 124 do Decreto-Lei n. 7.661/1945.

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe

Salomão (Presidente), Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Dr(a). Acelio Jacob Roehrs, pela parte recorrente: Kaefe Engenharia e Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Brasília (DF), 16 de março de 2021 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 8.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da CF/1988, contra acórdão do TJRS assim ementado (e-STJ, fl. 910):

Agravo de instrumento. Pedido de habilitação. Indenização por litigância de má-fé. Ato do falido. Ilegitimidade passiva da massa falida. Pleito extinto *ex officio*. Agravo prejudicado.

Caso em que o crédito não pode ser habilitado na falência, pois oriundo de ato doloso praticado pelo falido. Assim, não se mostra correto prejudicar os credores da Massa Falida, habilitando-se na falência, uma penalidade sofrida pelo falido, de caráter pessoal, por ele provocada.

Pleito extinto *ex officio*, com fundamento no art. 267, VI, do CPC.

Agravo prejudicado.

Os embargos de declaração opostos foram parcialmente acolhidos por meio de aresto assim resumido (e-STJ, fls. 975):

Embargos de declaração. Efeitos infringentes quanto à parte do aresto embargado. Condenação da massa falida nas penas da litigância de má-fé. Habilitação em categoria própria, por não se tratar de encargo da massa. Inteligência do inc. I do § 1º do art. 124 do DL 7.661/45. Agravo de instrumento desprovido.

Atribuídos efeitos infringentes tão somente para aclarar o aresto embargado, declarando que efetivamente a condenação por litigância de má-fé, estabelecida na sentença proferida nos embargos de terceiro que a ora embargante opôs, foi imposta à Massa Falida, e não à empresa falida, retificando o “decisio” quanto à extinção do pedido de habilitação do crédito, por não deduzido.

A despeito de condenada a Massa Falida a indenizar a agravante, não há como considerar encargo da massa a sanção a ela imposta pela litigância de má-fé, porquanto não imputada no processo da falência, mas, isto sim, em embargos de terceiro em que a agravante restou vencedora, ação diversa daquela.

Diante disso, mostra-se como correta a decisão agravada ao determinar que o crédito seja habilitado em categoria própria, por não privilegiado com relação aos demais.

Por consequência, é de ser desprovido o agravo de instrumento interposto, mantendo-se a decisão recorrida ao determinar que a agravante aguarde o ingresso de ativo e o início dos pagamentos aos credores, para então habilitar-se em categoria própria.

Embargos de declaração parcialmente acolhidos.

Em suas razões (e-STJ, fls. 992/1021), a recorrente aponta dissídio jurisprudencial e violação dos arts. 124, § 1º, I, do Decreto-Lei n. 7.661/1945 e 35 do CPC/1973, alegando que a condenação por litigância de má-fé imposta à massa falida em embargos de terceiros configura encargo da massa e, portanto, deve ter preferência sobre os demais créditos habilitados na falência.

Colaciona julgado do TJPR buscando demonstrar que são encargos da massa a condenação em custas judiciais, ainda que em ação diversa da demanda falimentar.

Foram apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 1.041/1.049).

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial (e-STJ, fls. 1.077/1.085).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): A controvérsia dos autos reside na qualidade que se deve atribuir à pena imposta em ação de embargos de terceiro, na qual se imputou à massa falida a pecha de litigante de má-fé.

Defende a recorrente que, segundo o disposto no art. 35 da lei processual revogada, a sanção deve ser computada como custas processuais, traduzindo “encargo da massa”, na forma prevista pelo art. 124, § 1º, do Decreto-Lei n. 7.661/1945.

A Corte local, sem afastar a natureza da pena imposta à aqui recorrida, concluiu que as custas qualificadas como encargos da massa são aquelas

estritamente relacionadas ao processo de falência, e não em outros feitos (e-STJ, fls. 981/983):

Isso posto, cumpre verificar se é admissível o imediato pagamento da condenação, por estar o crédito qualificado como encargos da massa de acordo com o sustentado pela agravante, enquadrando-se na hipótese do art. 124, § 1º, inc. I, do Decreto-Lei n. 7.661/45, e referindo ao art. 35 do Código Civil, por contemplar como custas as sanções impostas às partes em consequência de má-fé, sustentando sua aplicação, haja vista que a Lei de Falências não explicitou o conceito de custas.

Como se constata, em realidade, quis a agravante referir-se ao art. 35 do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 35 - As sanções impostas às partes em consequência de má-fé serão contadas como custas e reverterão em benefício da parte contrária; as impostas aos serventuários pertencerão ao Estado.

O art. 124 do Decreto-Lei 7.661/45, sob o qual tramita o feito, assim dispõe:

Art. 124. Os encargos e dividas da massa são pagos com preferência sobre os créditos admitidos a falência, ressalvado o disposto nos artigos 102 e 125.

§ 1º São encargos da massa:

I - as custas judiciais do processo da falência, dos seus incidentes das ações em que a massa fôr vencida;

Entretanto, não é esta a exegese dos mencionados artigos.

No inc. I do § 1º do art. 124 estão classificadas como encargos da massa as custas judiciais do próprio processo da falência e dos incidentes a ele opostos, e não, como sustenta a agravante, das ações em que a massa for vencida. Isso porque, a despeito da redação truncada do inc. I, não consta a conjunção aditiva "e" antes da expressão "das ações", como equivocadamente acrescido pela agravante ao reproduzir o texto da lei (fl. 921). Ou seja, não existe a idéia de adição defendida pela agravante.

Portanto, a despeito de condenada a Massa Falida a indenizar a agravante, não há como considerar encargo da massa a sanção a ela imposta pela litigância de má-fé, porquanto **não imputada no processo da falência, mas, isto sim, em embargos de terceiro em que a agravante restou vencedora, ação diversa daquela.**

Diante disso, tenho como correta a decisão agravada ao determinar que o crédito seja habilitado em categoria própria, por não privilegiado com relação aos demais.

Ante ao exposto, acolho parcialmente os embargos de declaração para atribuir-lhe efeitos infringentes tão somente para aclarar o aresto embargado, declarando que efetivamente a condenação por litigância de má-fé, estabelecida na sentença proferida nos embargos de terceiro que a ora embargante opôs, foi imposta à Massa Falida, e não à empresa falida, retificando o *decisio* quanto à extinção do pedido de habilitação do crédito, por não deduzido.

Entretanto, diante da fundamentação expendida, é de ser desprovido o agravo de instrumento interposto, mantendo-se a decisão recorrida ao determinar que a agravante aguarde o ingresso de ativo e o início dos pagamentos aos credores, para então habilitar-se em categoria própria.

Não é a melhor solução, todavia.

De início, convém assinalar que os embargos de terceiro nos quais imposta a pena por litigância de má-fé foram opostos de forma incidental ao processo de falência, contra ato praticado pelo síndico da massa, que arrecadou bem imóvel da recorrente, indevidamente (e-STJ, fls. 980/981):

Como se constata da sentença (fls. 137-141 deste instrumento) o imóvel de propriedade da agravante foi arrecadado pelo Síndico, ato este imputado como ilegal. E, por isso, foi liberada a constrição judicial sobre o bem, restando a Massa Falida condenada ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

No mencionado aresto, a sentença restou confirmada, sendo a então embargada averbada como litigante de má-fé, por ter sustentado, ao longo do feito, ter a embargante adquirido o imóvel da falida (ou de seu ex-procurador), o que não ocorreu. A apuração do valor da indenização foi remetida para liquidação de sentença por arbitramento (laudo às fls. 157-182 do instrumento). Os honorários advocatícios dos procuradores da embargante, por sua vez, foram majorados para R\$ 6.000,00.

Com efeito, tendo o imóvel sido arrecadado pelo Síndico, tal se deu no curso do processo falimentar, portanto. Além disso, o termo legal da quebra foi declarado como sendo 30-12-1982 (fls., 42/43 deste instrumento).

Assim, tem razão a agravante ao referir que no aresto que averbou a agravada como litigante de má-fé, prolatado em 01-08-1995, constou a Massa Falida como interessada apenas porque o processamento da concordata suspensiva se deu em 06-06-1991, sendo revogada em 02-09-1999, pela mencionada sentença (fls. 42/43).

Portanto, não há dúvida de que a condenação, efetivamente, foi imposta à Massa Falida, e não, como equivocadamente deduzido pelo signatário quando do julgamento do agravo de instrumento, à Urbânia Comércio e Construções Ltda.

Trata-se, portanto, de medida judicial que, a par de sua previsão no art. 1.046 e ss. do CPC/1973, tem fundamento na disposição contida no art. 79 da LF/1945:

Art. 79. Aquele que sofrer turbação ou esbulho na sua posse ou direito, por efeito da arrecadação ou do seqüestro, poderá, se não preferir usar do pedido de restituição (art. 76), defender os seus bens por via de embargos de terceiro.

§ 1º Os embargos obedecerão à forma estabelecida na lei processual civil.

§ 2º Da sentença que julgar os embargos, cabe apelação, que pode ser interposta pelo embargante, pelo falido, pelo síndico ou por qualquer credor, ainda que não contestante.

Sabidamente, “[o]s embargos de terceiro, que possuem natureza de ação incidental de conhecimento contra atos praticados na execução e que têm por finalidade proteger a posse ou a propriedade de bem objeto de constrição, são ajuizados em face do exequente ou do executado no processo executivo” (REsp 1.725.111/RS, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 09/10/2018, DJe 15/10/2018). Têm, portanto, estreita relação com a execução coletiva.

Isso, sem prejuízo de manifestar desde logo o entendimento de que as custas referidas no art. 124, § 1º, I, da LF/1945 são todas aquelas relacionadas a qualquer processo do qual a massa seja parte, não se afigurando razoável a distinção feita pelo Tribunal de origem.

No ponto, o STJ tem precedente no sentido de que “[a] lei falimentar estabeleceu como encargos da massa falida as custas judiciais do processo da falência, dos seus incidentes e das ações em que a massa for vencida, as quais compreendem taxas judiciárias, emolumentos, verbas dos peritos, publicações, entre outras” (REsp 1.070.149/SP, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 15/12/2011, DJe 01/02/2012).

Isso ponderado, conforme demonstra a recorrente em suas razões, o art. 35 do CPC/1973 enunciava que “[a]s sanções impostas às partes em consequência de má-fé serão contadas como custas e reverterão em benefício da parte contrária”, enquadrando-se, pois, na hipótese expressamente prevista na lei de falências revogada:

Art. 124. Os encargos e dívidas da massa são pagos com preferência sobre os créditos admitidos a falência, ressalvado o disposto nos artigos 102 e 125. § 1º São encargos da massa:

I – as custas judiciais do processo da falência, dos seus incidentes das ações em que a massa fôr vencida;

(...)

Desse modo, o crédito da recorrente – proveniente da condenação da massa falida por litigância de má-fé, legalmente qualificada como “custas” – caracteriza-se como encargo da massa, pouco importando que a condenação tenha se dado no próprio processo falimentar ou em ação autônoma, pois, conforme lição de Rubens Requião, “[s]e a massa falida fôr condenada em ação judicial, por ela ou contra ela promovida, isto é, em que fôr vencida, são exigíveis como encargos da massa” (in Curso de Direito Falimentar, 1º Volume, Editora Saraiva, 17ª edição, p. 150).

José da Silva Pacheco, comungando desse entendimento, leciona que “[e]m qualquer ação proposta pela massa ou contra ela proposta, se ela fôr vencida e, por isso, condenada a pagar custas, estas constituem encargos” (in Processo de Falência de Concordata, Comentários à Lei de Falências, Doutrina - Prática - Jurisprudência, Editora Forense, 13ª edição, p. 542).

Vale lembrar que no processo falimentar há dois grupos de credores: os credores da falência propriamente dita e os credores da massa, que “são aqueles que têm créditos sobre a massa depois de a falência ter sido decretada. Esses credores, por não precisarem se habilitar, não estão sujeitos à verificação de créditos” (cf. Luiz Tzirulnik, Direito Falimentar, Editora RT, 5ª edição, pp. 218/219).

Por seu turno, Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia Marina L. Batalha de Rodrigues Netto (in Falências e Concordatas, Editora LTr, 3ª edição, p. 676/678) esclarecem que:

Consideram-se credores da massa (objetiva) aqueles cujos títulos de crédito tiveram origem em atos e fatos ocorridos após a declaração da falência, ao contrário de credores da falência que são aqueles cujos títulos se originaram de atos, negócios e fatos pertinentes às atividades negociais do falido.

Nas palavras de Gabriel de Rezende, p. 133, “em conseqüência da sentença declaratória da falência, os credores, formando uma coletividade jurídica, que os escritores denominam *massa*, assumem a administração do patrimônio do devedor, administração que é exercida pelos síndicos. Para o desempenho dessa representação, certas medidas, que acarretam despesas, sacrifícios de ordem pecuniária. Daí o aparecimento de dívidas novas, as quais, não tendo sido contraídas pelo falido, ficam estranhas ao processo da sua falência. Os respectivos credores, pois, não são credores do falido, mas sim da massa. Conseqüentemente,

não estão sujeitos à verificação; e, devendo ser pagos precipuamente, não ficam sujeitos à lei do dividendo". Df. Ferrara, p. 529; Carvalho de Mendonça, VIII, pp. 249 e ss.; Rubens Requião, I, pp. 326 e ss.; Sampaio de Lacerda, pp. 142 e ss.; Valverde, II, pp. 269 e ss.

Entretanto, os encargos e dívidas da massa só serão pagos após satisfeitos os créditos trabalhistas, por salários e indenizações (art. 102), notando-se que os créditos tributários e não tributários da Fazenda Pública não estão sujeitos à habilitação em falência, podendo ser cobrados separadamente (Lei n. 6.830/80, art. 29).

Os encargos são pagos de preferência sobre as dívidas da massa; em cada classe, efetua-se o rateio e as sobras irão para o pagamento da classe seguinte.

Encargos da massa são os inerentes ao processo de falência, custas e despesas processuais, com a administração da massa (objetiva), sua arrecadação e conservação, liquidação e distribuição do produto pelos credores, comissão do síndico, despesas com moléstia e enterro do falido (se morrer em indigência no curso do processo), impostos e contribuições a cargo da massa e exigíveis durante o processo, bem como indenizações por acidentes ocorridos no período de continuação do negócio do falido. (...)

Esses encargos caracterizam-se mesmo que não se considere a massa falida como um ente jurídico dotado de personalidade jurídica ou patrimônio de afetação (*Zweckvermogen*), ao contrário do que sustentava Bonelli (I, pp. 467 e ss.; II, pp. 620 e ss.).

As dívidas da massa são obrigações decorrentes de atos praticados pelo síndico, as obrigações provenientes de enriquecimento indébito da massa, além das custas pagas pelo credor requerente da falência.

No dizer de Sampaio de Lacerda (p. 209), *os encargos da massa são obrigações originárias das relações internas da massa falida, do andamento do processo e seus incidentes, ao passo que as dívidas da massa são obrigações que surgiram das relações dos órgãos da massa com terceiros com o mundo exterior*. No mesmo sentido: Valverde, II, p. 271.

No caso dos autos, a recorrente foi vencedora em ação que moveu contra a massa falida, sendo esta condenada por litigância de má-fé. Conjugando-se o art. 35 do CPC/1973 e art. 124 do Decreto-Lei n. 7.661/1945, conclui-se que essa condenação é contada como custas e configura encargo da massa, que goza de preferência sobre os créditos do falido.

Dessa feita, respeitadas as ressalvas legais do próprio art. 124 do Decreto-Lei n. 7.661/1945 (créditos trabalhistas e créditos com garantia real), não há se falar em habilitação, já que, por expressa disposição legal, os encargos da massa são preferenciais com relação aos demais créditos da própria falência.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial para, reformando o acórdão recorrido, determinar que o crédito da recorrente seja satisfeito independentemente de habilitação no concurso de credores da falência, respeitadas as ressalvas legais do art. 124, *caput* do Decreto-Lei n. 7.661/1945.

Invertem-se os ônus da sucumbência.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Tenho apenas ressalvas ao entendimento. Mas o voto do eminente Relator, a quem cumprimento, vem muito bem fundamentado e traz solução, parece-me, muito razoável.

Minha ressalva é que não me parece que a Lei Processual Civil, ao determinar a inclusão das sanções impostas às partes por litigância de má-fé, esteja a alterar a natureza jurídica dessas sanções. Porque o próprio dispositivo da lei processual segue referindo-se à sanções – tanto do Código anterior como do Código atual – impostas à parte por litigância de má-fé. Então, a natureza de sanção continua reconhecida na legislação processual.

Mas o que estamos fazendo é a conjugação com dispositivos da antiga Lei de Falências. Há possibilidade, então, de essas sanções serem contadas como custas judiciais, como encargos da massa falida.

Acho razoável essa solução, embora tenha alguma ressalva.

Estou acompanhando o eminente Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 1.412.247-MG (2013/0351470-0)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Dalva Rita Gomes Guimarães

Advogado: Lenice Velloso e outro(s) - MG037714

Recorrido: Petrobrás Distribuidora S/A

Advogado: Leonardo de Almeida Sandes e outro(s) - MG085190

Agravante: Petrobrás Distribuidora S/A
Advogado: Sueli de Carvalho Neves e outro(s) - MG104387
Agravado: Dalva Rita Gomes Guimarães
Advogado: Lenice Velloso e outro(s) - MG037714

EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Indenização por morte. DPVAT. Seguro de vida. Identidade. Impenhorabilidade. CPC/1973, art. 649, VI (CPC/2015, art. 833, VI). Incidência. Recurso provido.

1. “O Seguro DPVAT tem a finalidade de amparar as vítimas de acidentes causados por veículos automotores terrestres ou pela carga transportada, ostentando a natureza de seguro de danos pessoais, cujo escopo é eminentemente social, porquanto transfere para o segurador os efeitos econômicos do risco da responsabilidade civil do proprietário em reparar danos a vítimas de trânsito, independentemente da existência de culpa no sinistro” (REsp 876.102/DF, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 22/11/2011, DJe 01/02/2012).

2. Os valores pagos a título de indenização pelo “Seguro DPVAT” aos familiares da vítima fatal de acidente de trânsito gozam da proteção legal de impenhorabilidade ditada pelo art. 649, VI, do CPC/1973 (art. 833, VI, do CPC/2015), enquadrando-se na expressão “seguro de vida”.

3. Recurso especial a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão (Presidente), Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Brasília (DF), 23 de março de 2021 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 29.3.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto por *Dalva Rita Gomes Guimarães* contra acórdão do TJMG assim ementado (e-STJ, fls. 221 (e-STJ)):

Embargos à execução. Prescrição intercorrente. Rejeição. Verba decorrente de seguro de vida. Impenhorabilidade. Prejudicial rejeitada. Recurso parcialmente provido.

Para que se configure o efetivo abandono da causa, impõe-se a prévia intimação pessoal da parte, para dar andamento ao feito, realizando o ato a seu cargo, na exegese teleológica do art. 267, § 1º, do CPC. Sem que seja tomada tal providência, não se inicia a contagem do prazo prescricional intercorrente.

O disposto no art. 649, do CPC é inaplicável aos valores decorrentes de indenização do Seguro DPVAT, visto que não há, nessa espécie de seguro, o caráter alimentar que o legislador objetivou amparar ao tornar o seguro de vida e o pecúlio impenhoráveis.

Da quantia aplicada no fundo “*Itauvest*” (R\$24.500,00), 73,02% (ou R\$17.889,90) eram compostos de recursos advindos do seguro de vida/pecúlio, enquanto os 26,98% (R\$6.610,10) remanescentes advinham da indenização do seguro DPVAT.

Transferindo tal proporção ao montante resgatado de tal investimento, para fazer face ao bloqueio judicial (R\$21.770,74), chega-se aos valores de R\$15.896,99 e R\$5.873,75, sendo que apenas o primeiro, relativo ao seguro de vida, é impenhorável.

Prejudicial rejeitada; Recurso parcialmente provido.

Os embargos de declaração opostos por ambas as partes foram rejeitados (e-STJ, fls. 240/248, 262/265 e 267/284).

Nas razões do especial (e-STJ, fls. 287/294), a recorrente aponta violação do art. 649, VI, do CPC/1973, aduzindo a impenhorabilidade de indenização recebida pelo sistema do seguro DPVAT – “Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não” previsto na Lei Federal n. 6.194/1974 – em razão do falecimento de seu marido em acidente automobilístico.

Contrarrazões às fls. 322/336 (e-STJ).

Juízo positivo de admissibilidade na origem (e-STJ, fls. 338/339).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): A controvérsia dos autos cinge-se a aferir se a indenização paga pelo sistema do seguro DPVAT – “Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não” disciplinado na Lei Federal n. 6.194/1974 –, em razão do falecimento do marido da beneficiária, enquadra-se na condição de impenhorabilidade prevista no art. 649, VI, do CPC/1973.

A resposta deve ser afirmativa.

Sob uma perspectiva teleológica da proteção conferida ao “seguro de vida” pelo art. 649, VI, do CPC/1973 (art. 833, VI, do CPC/2015), penso que os valores pagos pelo “seguro DPVAT” devem receber o mesmo tratamento, evidenciando cobertura que, conquanto obrigatória, em tudo se identifica com a indenização paga em razão do “seguro de pessoa” previsto pelo art. 789 e ss. do CC/2002.

De fato, a indenização paga pelo “seguro DPVAT”, sobretudo quando ocorre a morte da vítima do acidente automobilístico, também tem objetivo de atenuar os efeitos que a ausência do falecido pode ensejar às finanças de sua família, revelando indubitável natureza alimentar. Ouso afirmar que tanto um quanto outro (seguro de pessoa e seguro DPVAT) são espécies do mesmo gênero, que a lei processual teria unificado sob o singelo título “seguro de vida”. A distinção reside, em essência, no fato de que a submissão ao DPVAT é obrigatória, mas disso não resulta mudança substancial em sua natureza, tampouco na qualidade e finalidade da respectiva indenização.

A identidade entre as indenizações fica mais evidente quando se avalia a cobertura do seguro de pessoa previsto no CC/2002, “para o caso de morte” (arts. 794 e 797), ou ainda a “morte ou a incapacidade do segurado” (art. 799), comparando-a com os eventos cobertos pelo “DPVAT”:

Lei Federal n. 6.194/1974:

Art. 3º. Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no art. 2º desta Lei compreendem as indenizações por morte, por invalidez permanente, total ou parcial, e por despesas de assistência médica e suplementares, nos valores e conforme as regras que se seguem, por pessoa vitimada: (...)

Por sua vez, “*ao instituir a impenhorabilidade do seguro de vida, quis o legislador assegurar a efetividade da proteção patrimonial que o segurado* [ou, no

caso do DPVAT, a própria lei instituidora] *desejou destinar aos beneficiários; o valor devido pela empresa seguradora a esse título não é penhorável por dívidas destes nem do espólio ou do autor da herança, porque em qualquer dessas hipóteses tal intuito estaria frustrado.*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 355).

Na mesma linha:

O seguro de vida se presta a criar em favor do beneficiado um fundo alimentar, sendo decorrência dessa natureza a sua impenhorabilidade.

(NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1324)

A função de seguro de vida é criar em favor de terceiro (o beneficiário) “um fundo alimentar”. Dessa natureza jurídica é que decorre a impenhorabilidade do seguro de vida.

(THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, 46ª ed., Rio de Janeiro: Forense, vol. II, 2011, p. 287).

Com efeito, o seguro obrigatório para veículos automotores, embora originariamente concebido sob a perspectiva da responsabilidade civil do proprietário do automóvel – o denominado “RECOVAT”, então previsto na alínea “b” do art. 20 do Decreto-Lei n. 73/1966 –, afastou-se dessa característica quando foi reformulado em 1969 pelo Decreto-Lei n. 814, com enfoque para a proteção de danos pessoais, sem exame sobre a culpa do agente causador do dano, aproximando-se ainda mais do seguro de vida (ou de pessoa) disciplinado pela lei civil.

A legislação foi aprimorada em 1974, oportunidade em que também se procedeu à mudança na denominação do seguro, substituindo-se de seu título a expressão “responsabilidade civil” por “danos pessoais”, oportunidade em que o então “RECOVAT” recebeu a sigla utilizada até os dias de hoje: “DPVAT”. O histórico dessa evolução está em parte gravado na exposição de motivos que acompanhou o projeto de lei encaminhado pelo Poder Executivo, do qual resultou a Lei Federal n. 6.194/1974:

O Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966, regula basicamente as operações de seguros no país, disciplinando toda a sistemática de tal atividade, inclusive, no seu Artigo 20, especificando a série de modalidades de seguros que são de contratação obrigatória. Entre eles, cumpre destacar, pela massificação que atingiu, o *Seguro de Responsabilidade Civil dos Proprietários de Veículos Automotores*

de Vias Terrestres (RCOVAT). Sua finalidade é dar cobertura à responsabilidade civil decorrente do uso de veículos, garantindo a reparação de danos a que a sociedade está sujeita, por força do intenso tráfego que o progresso torna inevitável.

A natureza desse seguro, sua extensão e definição, aparecem reguladas no Decreto-Lei n. 814, de 04 de setembro de 1969. Esta lei nasceu da necessidade de introduzir modificações no sistema então vigente, que não satisfazia por apresentar distorções que atingiam segurados, seus beneficiários e também as sociedades seguradoras. As alterações foram no sentido de eliminar protelações no pagamento de indenizações, estatuidando-se a pronta liquidação sem apuração de culpa e limitando a cobertura apenas a danos pessoais, com a revogação da anterior cobertura a danos materiais, que retardava o pagamento com apurações por vezes demoradas, além de ensejar processos de fraude, que precisavam ser escoimados. Assim, o Decreto-Lei 814/69 foi necessário e útil a seu tempo. Hoje já se impõem outras reformas.

Com efeito, aquele diploma legal, o Decreto-Lei 814, não deu solução adequada aos problemas em evidência. Conflitos de entendimentos aumentaram, em vez de desaparecerem. Prova é que as ações judiciais cresceram de número e, no Congresso, foram apresentados vários projetos de lei que, se justificáveis na sua essência, davam, todavia, soluções parciais às dúvidas, quando em verdade se fazia necessário estudar e resolver globalmente a matéria.

*Com o anteprojeto em causa, pretende o Governo conceituar em outros termos a cobertura do seguro. O objetivo passaria a ser o de cobrir **danos corporais**, garantindo-se, sem as discussões judiciais de hoje, o pagamento de indenizações nos casos de Morte e Invalidez Permanente e ocorrência de Despesas Médicas Suplementares. Assim, bastaria a existência do acidente de trânsito, com os danos mencionados, para que houvesse pagamento de indenização. Não se cogitaria de culpa, precisamente a figura jurídica que mais suscita controvérsias, até mesmo doutrinárias, com sustentação de teses ora envolvendo culpa objetiva, ora subjetiva.*

De fato, “[o] Seguro DPVAT tem a finalidade de amparar as vítimas de acidentes causados por veículos automotores terrestres ou pela carga transportada, **ostentando a natureza de seguro de danos pessoais**, cujo escopo é eminentemente social, porquanto transfere para o segurador os efeitos econômicos do risco da responsabilidade civil do proprietário em reparar danos a vítimas de trânsito, independentemente da existência de culpa no sinistro” (REsp 876.102/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/11/2011, DJe 01/02/2012).

Em tais circunstâncias, força concluir que o “seguro de vida” referido no art. 649, VI, do CPC/1973 (correspondente ao “seguro de pessoa” disciplinado nos arts. 789 e ss. do CC/2002) e o “seguro DPVAT” previsto nas Leis Federais n.

6.194/1974 e 8.374/1991, longe de evidenciar natureza e objetivos distintos, em verdade guardam estreita semelhança, sobretudo no que se refere à finalidade de sua indenização, motivo pelo qual é inafastável, tanto para um quanto para o outro, a impenhorabilidade ditada pela lei processual – *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*.

Não se trata, pois, de aplicação analógica do dispositivo legal, senão o enquadramento do “seguro DPVAT” dentro da previsão contida na lei processual.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial interposto por *Dalva Rita Gomes Guimarães* para afirmar a impenhorabilidade dos valores recebidos a título de indenização, pelo “seguro DPVAT”, em razão da morte de seu marido.

Sucumbente na mínima parte de seus pedidos, atribuo à parte recorrida – *Petrobrás Distribuidora S.A.* – a responsabilidade exclusiva pelos encargos sucumbenciais (CPC/2015, art. 86, § ún.), mantido o arbitramento da verba honorária em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado até a data de pagamento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.539.056-MG (2015/0144640-6)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Lancaster Lucio Lima

Recorrido: ACI Imóveis Ltda

Advogados: Marco Aurélio Pereira Lara e outro(s) - MG054451

Sabrina de Melo Carabetti - MG086863

Soraia Pereira Lara - MG044858N

EMENTA

Recurso especial. Ação civil pública. Dano moral coletivo. Alienação de terrenos a consumidores de baixa renda em loteamento irregular. Publicidade enganosa. Ordenamento urbanístico e defesa do

meio ambiente ecologicamente equilibrado. Concepção objetiva do dano extrapatrimonial transindividual.

1. O dano moral coletivo caracteriza-se pela prática de conduta antijurídica que, de forma absolutamente injusta e intolerável, viola valores éticos essenciais da sociedade, implicando um dever de reparação, que tem por finalidade prevenir novas condutas antissociais (função dissuasória), punir o comportamento ilícito (função sancionatório-pedagógica) e reverter, em favor da comunidade, o eventual proveito patrimonial obtido pelo ofensor (função compensatória indireta).

2. Tal categoria de dano moral — que não se confunde com a indenização por dano extrapatrimonial decorrente de tutela de direitos individuais homogêneos — é aferível *in re ipsa*, pois dimana da lesão em si a “interesses essencialmente coletivos” (interesses difusos ou coletivos *stricto sensu*) que “atinga um alto grau de reprovabilidade e transborde os lindes do individualismo, afetando, por sua gravidade e repercussão, o círculo primordial de valores sociais” (REsp 1.473.846/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21.02.2017, DJe 24.02.2017), revelando-se despicinda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo à integridade psicofísica da coletividade.

3. No presente caso, a pretensão reparatória de dano moral coletivo, deduzida pelo Ministério Público estadual na ação civil pública, tem por causas de pedir a alienação de terrenos em loteamento irregular (ante a violação de normas de uso e ocupação do solo) e a veiculação de publicidade enganosa a consumidores de baixa renda, que teriam sido submetidos a condições precárias de moradia.

4. As instâncias ordinárias reconheceram a ilicitude da conduta dos réus, que, utilizando-se de ardil e omitindo informações relevantes para os consumidores/adquirentes, anunciaram a venda de terrenos em loteamento irregular — com precárias condições urbanísticas — como se o empreendimento tivesse sido aprovado pela municipalidade e devidamente registrado no cartório imobiliário competente; nada obstante, o pedido de indenização por dano moral coletivo foi julgado improcedente.

5. No afã de resguardar os direitos básicos de informação adequada e de livre escolha dos consumidores — protegendo-os, de

forma efetiva, contra métodos desleais e práticas comerciais abusivas —, o CDC procedeu à criminalização das condutas relacionadas à fraude em oferta e à publicidade abusiva ou enganosa (artigos 66 e 67), tipos penais de mera conduta voltados à proteção do valor ético-jurídico encartado no princípio constitucional da dignidade humana, conformador do próprio conceito de Estado Democrático de Direito, que não se coaduna com a permanência de profundas desigualdades, tal como a existente entre o fornecedor e a parte vulnerável no mercado de consumo.

6. Nesse contexto, afigura-se evidente o caráter reprovável da conduta perpetrada pelos réus em detrimento do direito transindividual da coletividade de não ser ludibriada, exposta à oferta fraudulenta ou à publicidade enganosa ou abusiva, motivo pelo qual a condenação ao pagamento de indenização por dano extrapatrimonial coletivo é medida de rigor, a fim de evitar a banalização do ato reprovável e inibir a ocorrência de novas e similares lesões.

7. Outrossim, verifica-se que o comportamento dos demandados também pode ter violado o objeto jurídico protegido pelos tipos penais descritos na Lei 6.766/1979 (que dispõe sobre o parcelamento do solo para fins urbanos), qual seja: o respeito ao ordenamento urbanístico e, por conseguinte, a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, valor ético social — intergeracional e fundamental — consagrado pela Constituição de 1988 (artigo 225), que é vulnerado, de forma grave, pela prática do loteamento irregular (ou clandestino).

8. A quantificação do dano moral coletivo reclama o exame das peculiaridades de cada caso concreto, observando-se a relevância do interesse transindividual lesado, a gravidade e a repercussão da lesão, a situação econômica do ofensor, o proveito obtido com a conduta ilícita, o grau da culpa ou do dolo (se presente), a verificação da reincidência e o grau de reprovabilidade social (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 163-165). O *quantum* não deve destoar, contudo, dos postulados da equidade e da razoabilidade nem olvidar os fins almejados pelo sistema jurídico com a tutela dos interesses injustamente violados.

9. Suprimidas as circunstâncias específicas da lesão a direitos individuais de conteúdo extrapatrimonial, revela-se possível o emprego

do método bifásico para a quantificação do dano moral coletivo a fim de garantir o arbitramento equitativo da quantia indenizatória, valorados o interesse jurídico lesado e as circunstâncias do caso.

10. Recurso especial provido para, reconhecendo o cabimento do dano moral coletivo, arbitrar a indenização em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com a incidência de juros de mora desde o evento danoso.

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 e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Sustentou oralmente o Dr. Marcos Tofani Baer Bahia, pela parte recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Brasília (DF), 06 de abril de 2021 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 18.5.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Em 14.12.2007, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública em face de Lancaster Lúcio Lima e de ACI Imóveis Ltda., postulando a condenação dos réus ao cumprimento de obrigação de não fazer, “*consistente na abstenção de proceder, por si ou através da gestão de qualquer pessoa jurídica, a qualquer loteamento ou parcelamento do solo sem prévia autorização do Poder Público Municipal ou em desconformidade com o Plano Diretor de Betim ou a Lei de Uso e Ocupação dos Solos, sob pena de multa diária*” (fls. 15-16), e ao pagamento de indenização por danos morais individuais homogêneos e por dano moral coletivo decorrente da violação das normas de uso e ocupação do solo, bem como de contribuição para

a degradante favelização da cidade, devendo o *quantum debeatur* ser fixado em liquidação de sentença.

Na inicial, o *parquet* aduziu que, a partir de 2002, os réus — aproveitando-se do déficit habitacional, da desordenada ocupação da zona rural e da existência de loteamentos clandestinos — divulgaram, amplamente, no Município de Betim, a venda de imóveis urbanos em um loteamento denominado “Residencial Bela Vista”, localizado no Bairro Bandeirinhas, que fazia parte das “Chácaras Reunidas Guaracyaba”, informando que o citado condomínio encontrava-se devidamente “legalizado” perante a Prefeitura e registrado no cartório imobiliário competente.

Narrou que vários cidadãos do município, de boa-fé, adquiriram tais imóveis, mediante a celebração de contratos particulares de compromisso de compra e venda, acreditando na regularidade do loteamento.

Consignou que, após a efetivação dos pactos, os adquirentes — a maioria integrante da população de baixa renda — foram informados de que não era possível o registro dos respectivos bens no cartório imobiliário, pois o loteamento não havia sido aprovado pela prefeitura municipal, nem cumpria as exigências enumeradas na Lei 6.766/1979 (Lei de Uso e Ocupação do Solo).

Apontou grave ato de má-fé dos réus, que alienaram áreas rurais, maquiadas como se urbanas fossem, cientes da inviabilidade do registro de módulos artificialmente desmembrados, assim como da inexistência de procedimento administrativo voltado à regularização do loteamento.

Sustentou que, há mais de cinco anos, os compradores dos imóveis buscam, sem êxito, a regularização do “Residencial Bela Vista”, encontrando-se, outrossim, “*expostos a várias doenças e diversas espécies de epidemias, que são incrementadas pela baixa qualidade de vida gerada pela inexistência de infraestrutura básica, de responsabilidade dos requeridos*” (fl. 5).

Destacou que a defesa do consumidor é princípio constitucional, sobressaindo o dever qualificado do fornecedor de prestar informação correta e precisa acerca do produto disponibilizado ao consumo, notadamente quando destinado à população de baixa renda.

Afirmou que os consumidores do Município de Betim foram expostos, portanto, a uma publicidade enganosa e abusiva, na medida em que colocado à venda um produto diverso do anunciado, que frustrou a expectativa da casa própria dos consumidores, sendo de rigor a reparação dos danos morais individuais e coletivo causados.

Apesar de citados, os demandados não apresentaram contestação (fl. 623).

O magistrado de piso julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida pelo Ministério Público estadual, condenando os réus ao pagamento de indenização por dano moral individual homogêneo no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) — a cada uma das pessoas cujo contrato se encontra nos autos —, mas considerando descabida a imposição da obrigação de fazer consistente na abstenção de proceder a qualquer loteamento ou parcelamento do solo sem prévia autorização do Poder Público municipal ou em desconformidade com o Plano Diretor de Betim ou com a Lei de Uso e Ocupação dos Solos, *negando também* o reconhecimento do dano moral coletivo alegado.

Interposta apelação pelo *Parquet*, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais negou provimento ao reclamo, em acórdão assim ementado:

Apelação. Ação civil pública. Condenação em obrigação de não fazer. Impossibilidade. Danos morais coletivos. Inexistência.

- O pedido de condenação em ação civil pública, requerido pelo Ministério Público, para que os réus sejam condenados na obrigação de não fazer “*consistente na abstenção de proceder, por si ou através da gestão de qualquer pessoa jurídica, a qualquer loteamento ou parcelamento do solo sem prévia autorização do Poder Público Municipal ou em desconformidade como Plano Diretor de Betim ou com a Lei de Uso e Ocupação dos Solos*”, não pode ser deferida, face à inutilidade do provimento pretendido pelo *parquet*, pois, para que um loteamento seja considerado licito, deverá, inequivocamente, preencher todos os requisitos supra citados, sem os quais será havido por ilegal. Assim, uma eventual decisão judicial nesse sentido, não teria nenhuma eficácia, uma vez que ou se atende às condições previstas no ordenamento jurídico, acarretando a legalidade do ato que criou e implementou o loteamento, ou, se ausentes referidas condições, o ato será ilícito, com as conseqüências previstas na lei.

- A vítima de um dano moral é necessariamente uma pessoa, pois não é compatível com o dano moral a idéia da “transindividualidade” (= da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão. É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica, afetando a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (REsp 821.891/RS).

- Recurso não provido.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados na origem.

Nas razões do especial, fundado na alínea “a” do permissivo constitucional, o *Parquet* aponta violação dos artigos 535 do CPC de 1973; e 1º, inciso I, da Lei 7.347/1985.

Em síntese, sustenta: (i) a negativa de prestação jurisdicional, uma vez não suprida a omissão suscitada nos aclaratórios sobre o cabimento de condenação ao pagamento de dano moral coletivo à luz do disposto no artigo 1º da Lei 7.347/1985; e (ii) que o dano moral coletivo tem duplo efeito: “*reparar a lesão provocada no meio social em razão do descaso do recorrido no cumprimento das normas ambientais, frustrando a justa expectativa da sociedade de ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à qualidade de vida, e inibir futuras condutas que, movidas pelo intuito do lucro fácil, realizam empreendimentos sem qualquer preocupação com a preservação do meio ambiente*” (fl. 766).

O prazo para oferecimento de contrarrazões decorreu *in albis*.

O apelo extremo recebeu crivo positivo de admissibilidade na origem.

Às fls. 804-808, consta parecer do Ministério Público Federal pugnando pelo provimento do recurso especial, nos termos da seguinte ementa:

Recurso especial. ACP. Dano decorrente de alienação de imóveis em loteamento irregular a inúmeros consumidores. Dano moral coletivo. Possibilidade. Parecer pelo provimento do recurso.

1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.

2. Parecer por que seja provido o recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Não comporta acolhida a preliminar de negativa de prestação jurisdicional, por ter o Tribunal de origem dirimido as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que tivesse examinado um a um os argumentos expendidos pelas partes.

De fato, basta ao órgão julgador que decline os fundamentos jurídicos que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte, de modo específico, a determinados preceitos legais, conforme pleiteia o ora recorrente.

Não há falar, portanto, em violação do artigo 535 do CPC de 1973.

3. A controvérsia principal dos autos está em definir a ocorrência ou não de dano moral coletivo na hipótese de alienação de terrenos a consumidores de baixa renda em loteamento irregular, tendo sido veiculada publicidade enganosa sobre a existência de autorização do órgão público e de registro no cartório de imóveis.

O Tribunal de Justiça mineiro manteve a sentença de parcial procedência da ação civil pública, reconhecendo a publicidade enganosa e o dever de reparação dos danos individuais homogêneos causados aos adquirentes, mas afastando o dano moral coletivo alegado pelo Ministério Público estadual, pelos seguintes fundamentos (fls. 729-735):

Quanto aos danos morais coletivos, melhor sorte não assiste ao Apelante.

O dano moral pode ser conceituado de maneira simples e precisa como sendo aquele que provoca uma lesão a um direito da personalidade. Assim, o dano moral, independentemente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, dignidade, a vida íntima e privada, além da atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros.

O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas. É o que se convencionou chamar de dano moral puro.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça possui entendimento francamente majoritário, a que se filia este Relator, no sentido de que não ser possível o instituto do dano moral coletivo.

*Conforme a fundamentação do REsp 821.891, fica claro que a vítima de um dano moral é necessariamente uma pessoa, pois não parece ser compatível com o dano moral a idéia da “transindividualidade” (= da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão. É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica, afetando “**a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas**” (Clayton Reis, Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 236), “**tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado**” (Yussef Said Cahali, Dano Moral, 2a ed., São Paulo: RT, 1998, p. 20, apud Clayton Reis, op. cit., p. 237).*

[...]

Desta forma, a “ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria; de um vultus singular e único.

Os danos morais são ofensas aos direitos da personalidade, assim como o direito à imagem constitui um direito de personalidade, ou seja, àqueles direitos da pessoa sobre ela mesma.

[...] A Constituição Federal, ao consagrar o direito de reparação por dano moral, não deixou margem à dúvida, mostrando-se escorreita sob o aspecto técnico jurídico, ao deixar evidente que esse dever de reparar surge quando descumprido o preceito que assegura o direito de resposta nos casos de calúnia, injúria ou difamação ou quando o sujeito viola a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, incisos V e X), todos estes atributos da personalidade.

Ressuma claro que o dano moral é personalíssimo e somente visualiza a pessoa, enquanto detentora de características e atributos próprios e invioláveis.

Os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado, pois os bens morais são inerentes à pessoa, incapazes, por isso, de subsistir sozinhos. Seu patrimônio ideal é marcadamente individual, e seu campo de incidência, o mundo interior de cada um de nós, de modo que desaparece com o próprio indivíduo" (LEITE, José Rubens Morato, Dano Ambiental: do individual ao extrapatrimonial, 1a ed., São Paulo: RT, 2000, p. 300, apud Rui Stoco, op. cit., p. 854).

Portanto, não há que se falar em danos morais coletivos, uma vez que, de acordo com o demonstrado acima, o dano moral refere-se, exclusivamente, à pessoa, individualmente considerada, afastando-se, pois a idéia de sua transindividualidade.

Em recurso apenas do Ministério Público, todo o restante, exceto quanto à matéria relacionada ao dano moral coletivo, é incontroverso.

4. Como de sabença, por força do artigo 21 da Lei 7.347/85, o Capítulo II do Título III do Código de Defesa do Consumidor e a Lei das Ações Cíveis Públicas formam, em conjunto, o “núcleo duro” do microsistema de tutela jurisdicional coletiva dos direitos ou interesses metaindividuais (ou coletivos *lato sensu*).

Nessa perspectiva, qualquer um dos legitimados enumerados no CDC (artigo 82) e na Lei 7.347/1985 (artigo 5º) pode ajuizar ação coletiva em defesa dos direitos dos consumidores; do meio ambiente; da ordem urbanística ou econômica; da criança e do adolescente; do idoso; do portador de deficiência; de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; do patrimônio público ou social; da honra e da dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; ou de qualquer outro interesse coletivo *lato sensu* (difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo).

A lesão a qualquer interesse metaindividual implica o dever de reparação efetiva dos danos causados, independentemente de serem eles materiais e/ou

morais, individuais ou coletivos (*stricto sensu*) e/ou difusos, *ex vi* do disposto nos artigos 6º do CDC, 1º da Lei 7.347/1985 e 944 do Código Civil, *in verbis*:

– *Código de Defesa do Consumidor*

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.

[...]

– *Lei 7.347/1985*

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por *danos morais e patrimoniais causados*:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística;

VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos;

VIII - ao patrimônio público e social.

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

– *Código Civil*

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

O artigo 944 do *Codex* Civil foi objeto do Enunciado 456 da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, segundo o qual a expressão “dano” abrange não só os danos individuais (materiais ou imateriais), “*mas também os*

danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas”.

5. O dano moral transindividual — conhecido como “dano moral coletivo” — caracteriza-se pela prática de conduta antijurídica que, de forma absolutamente injusta e intolerável, viola valores éticos essenciais da sociedade, implicando um dever de reparação, que tem por escopo prevenir novas condutas antissociais (função dissuasória), punir o comportamento ilícito (função sancionatório-pedagógica) e reverter, em favor da comunidade, o eventual proveito patrimonial obtido pelo ofensor (função compensatória indireta).

Consoante bem assinala Leonardo Roscoe Bessa, tal categoria de dano moral — que não se confunde com a indenização por dano extrapatrimonial decorrente de tutela de direitos individuais homogêneos — dimana da lesão em si a “interesses essencialmente coletivos” (interesses difusos ou coletivos *stricto sensu*), independentemente de qualquer afetação ou abalo à integridade psicofísica da coletividade, aproximando-se da perspectiva própria do direito penal, cujo escopo preventivo-repressivo exsurge da aferição de ofensa inaceitável a bem jurídico socialmente relevante, o que, “*invariavelmente, dispensa resultado naturalístico, dá a distinção entre crimes material, formal e de mera conduta, bem como se falar em crime de perigo*” (BESSA, Leonardo Roscoe. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 78).

No mesmo diapasão, destaca-se excerto doutrinário no sentido de que a caracterização do dano extrapatrimonial coletivo — quando da ocorrência de injusta lesão a valores jurídicos fundamentais próprios das coletividades — prescinde da constatação de efeitos negativos concretos advindos da conduta ilícita:

É acertado dizer que certas condutas antijurídicas atingem injustamente interesses de relevância social titularizados por certas coletividades, de maneira suficiente a produzir a reação do sistema jurídico quanto à repressão e sancionamento de tais atos.

Saliente-se, por oportuno, que, mesmo não detendo personalidade - nos moldes clássicos concebidos pela teoria do Direito -, *as coletividades de pessoas possuem valores e um **patrimônio ideal** que gozam de proteção no âmbito do sistema jurídico.*

[...]

É o que se verifica, por exemplo, conforme antes externado, em relação ao direito à preservação do meio ambiente sadio, à conservação do patrimônio histórico e

cultural, à garantia da moralidade pública, ao equilíbrio e equidade nas relações de consumo, à transparência e à honestidade nas manifestações publicitárias, à justiça e boa-fé nas relações de trabalho, à não-discriminação das minorias, ao respeito às diferenças de gênero, raça e religião, à consideração e proteção aos grupos de pessoas portadoras de deficiência, de crianças e adolescentes e de idosos.

Esses destacados interesses, protegidos pelo ordenamento jurídico, inegavelmente, inserem-se na órbita dos valores *extrapatrimoniais* reconhecidos a uma coletividade. E, sendo assim, *qualquer lesão injusta a eles infligida, dada a sua incontestável relevância social, faz desencadear a reação do ordenamento jurídico, no plano da responsabilização, mediante a forma específica de reparação do dano observado.*

[...]

Afirma-se, então, que o reconhecimento do dano moral coletivo e da imperiosidade da sua adequada reparação traduz a mais importante vertente evolutiva, na atualidade, do sistema de responsabilidade civil, em seus contínuos desdobramentos, a significar a extensão do dano a uma órbita coletiva de direitos, de essência tipicamente extrapatrimonial, não subordinada à esfera subjetiva do sofrimento ou da dor individual. São direitos que traduzem valores jurídicos fundamentais da coletividade e que refletem, no horizonte social, o largo alcance da dignidade dos seus membros.

[...]

Resta evidente, com efeito, que, *toda vez em que se vislumbrar o ferimento a interesse não-patrimonial, do qual titular uma determinada coletividade (em maior ou menor extensão), configurar-se-á dano passível de reparação, sob a forma adequada a esta realidade jurídica peculiar aos direitos transindividuais, que se traduz em uma condenação pecuniária arbitrada judicialmente, reversível a um fundo específico, com o objetivo de **restituição dos bens lesados**, [...].*

É bem verdade, anote-se, que, *nesses casos de danos coletivos, não se pode ignorar a recorrente presença de efeitos negativos que o ato lesivo porventura venha a produzir, em relação a determinadas coletividades de pessoas atingidas, apreendidos em dimensão subjetiva, como a repulsa, o abalo psíquico ou a consternação, entre outras reações.*

Todavia, é de absoluta importância ressaltar que a caracterização do dano moral coletivo não se vincula nem se condiciona diretamente à observação ou demonstração efetiva de tais efeitos negativos, visto que constituem eles, quando perceptíveis coletivamente, mera consequência do dano produzido pela conduta do agente, não se apresentando, evidentemente, como pressuposto para a sua configuração.

[...]

[...] *reafirma-se, a compreensão do dano moral coletivo não se conjuga diretamente com a ideia de demonstração de elementos como perturbação, aflição ou transtorno coletivo. Firma-se, sim, objetivamente, dizendo respeito ao fato que reflete uma violação intolerável de direitos coletivos e difusos, cuja essência é tipicamente extrapatrimonial. Essa violação, não podendo ser tolerada em um sistema de justiça social ínsito ao regime democrático, rendeu ensejo à previsão, no ordenamento jurídico, do meio e da forma necessários e adequados a proporcionar uma reparação devida, de maneira a sancionar o ofensor e inibir condutas ofensivas a tais direitos transindividuais, pela relevância social da sua proteção.*

Nessa linha de raciocínio, faz-se imperioso salientar que o dano decorrente da conduta antijurídica, que lesa a esfera de interesses da coletividade, deve apresentar-se com real significância, ou seja, de maneira a afetar inescusável e intoleravelmente valores e interesses coletivos fundamentais. (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 127/131)

O dano moral coletivo pode advir, outrossim, da “*identificação ou visualização de um padrão de conduta da parte, com evidente potencial lesivo à coletividade, em um universo de afetação difusa*”, conforme explica o supracitado autor:

[...] *ainda que, em determinado caso concreto, apenas imediatamente se observe que a conduta ilícita afete, de forma direta, somente uma ou mesmo poucas pessoas, nestas situações importa voltar-se o olhar para a conduta do ofensor, como um standard comportamental, verificando-se que, a princípio vista apenas sob o ângulo individual, a violação perpetrada enseja repercussão coletiva, exatamente por atingir, indistintamente, bens e valores de toda uma coletividade de pessoas.*

Assim, uma conduta evada de grave ilicitude, a demonstrar uma linha de procedimento adotado de molde a ser reproduzido, independente do número de pessoas atingidas pela lesão, concretamente, em certo período, insere-se em um plano muito mais abrangente de alcance jurídico, a exigir necessária consideração para efeito de proteção e sancionamento, no âmbito da tutela de natureza coletiva.

É equivocado, portanto, nesta seara, valer-se de critério míope pautado simplesmente na verificação do quantitativo de pessoas atingidas, de maneira imediata, para eventual caracterização do dano moral coletivo e sua reparação. Posta-se, em realce, em tais hipóteses, que o sujeito passivo da violação é a coletividade, de maneira a ensejar a reparação devida pela prática da conduta ilícita. (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Op. Cit.*, p. 131)

Nesse quadro, *sobressai a concepção objetiva do dano moral coletivo*, cuja configuração decorre da “*observação direta de lesão intolerável a direitos transindividuais titularizados por uma determinada coletividade*”, dispensada a

verificação de “qualquer elemento referido a efeitos negativos, próprios da esfera da subjetividade, que venham a ser eventualmente apreendidos no plano coletivo (sentimento de desapareço; diminuição da estima; sensação de desvalor, de repulsa, de inferioridade, de menosprezo, etc.)” (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Op. cit., p. 136).

Tal categoria de dano moral é aferível, portanto, in re ipsa, ou seja, reclama a mera apuração de uma conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole valor ético-jurídico fundamental da sociedade, revelando-se despicienda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral.

Nesse sentido é a orientação firmada em inúmeros precedentes desta Corte:

Recurso especial. Ação civil pública. Dano moral coletivo. Direitos individuais homogêneos. Impossibilidade.

1. *O dano moral coletivo é aferível in re ipsa, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despicienda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral.* Precedentes.

2. *Independentemente do número de pessoas concretamente atingidas pela lesão em certo período, o dano moral coletivo deve ser ignóbil e significativo, afetando de forma inescusável e intolerável os valores e interesses coletivos fundamentais.*

[...]

5. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1.610.821/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15.12.2020, DJe 26.02.2021)

Recurso especial. Ação civil pública. Liberdade de comunicação e proteção à criança e ao adolescente. Responsabilidade civil da emissora de televisão. Exibição de filme em horário diverso daquele recomendado pela classificação indicativa. Ausência de observância obrigatória (ADI n. 2.404/DF). Danos morais coletivos por abuso de direito. Possibilidade, em tese. Hipótese não verificada no caso dos autos. Recurso especial desprovido.

[...]

4. *O dano moral coletivo se dá in re ipsa, contudo, sua configuração somente ocorrerá quando a conduta antijurídica afetar, intoleravelmente, os valores e interesses coletivos fundamentais, mediante conduta maculada de grave lesão, para que o instituto não seja tratado de forma trivial, notadamente em decorrência da sua repercussão social.*

5. É possível, em tese, a condenação da emissora de televisão ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, quando, ao exibir determinada

programação fora do horário recomendado, verificar-se uma conduta que afronte gravemente os valores e interesse coletivos fundamentais.

6. A conduta perpetrada pela ré no caso vertente, a despeito de ser irregular, não foi capaz de abalar, de forma intolerável, a tranquilidade social dos telespectadores, de modo que não está configurado o ato ilícito indenizável.

7. Recurso especial desprovido. (REsp 1.840.463/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 19.11.2019, DJe 03.12.2019)

Administrativo. Responsabilidade civil. Danos decorrentes de transporte de cargas com excesso de peso em rodovias federais. Responsabilidade configurada. Independência de instâncias. Dever de reparar os danos. Fixação de *astreintes* em caso de reincidência na prática. Acórdão em confronto com a jurisprudência do STJ.

[...]

XXI - *O dano moral coletivo, compreendido como o resultado de lesão à esfera extrapatrimonial de determinada comunidade, dá-se quando a conduta agride, de modo ilegal ou intolerável, os valores normativos fundamentais da sociedade em si considerada, a provocar repulsa e indignação na consciência coletiva (arts. 1º da Lei n. 7.347/1985, 6º, VI, do CDC e 944 do CC, bem como Enunciado n. 456 da V Jornada de Direito Civil).*

XXII - *Entenda-se o dano moral coletivo como o de natureza transindividual que atinge classe específica ou não de pessoas. É passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem, a sentimento e à moral coletiva dos indivíduos como síntese das individualidades envolvidas, a partir de uma mesma relação jurídica-base. “O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos” (REsp n. 1.410.698/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30/6/2015).*

XXIII - *O dano moral extrapatrimonial atinge direitos de personalidade do grupo ou coletividade como realidade massificada, que a cada dia reclama mais soluções jurídicas para sua proteção. Isso não importa exigir da coletividade “dor, repulsa, indignação tal qual fosse um indivíduo isolado, pois a avaliação que se faz é simplesmente objetiva, e não personalizada, tal qual no manuseio judicial da boa-fé objetiva. Na noção inclui-se tanto o dano moral coletivo indivisível (por ofensa a interesses difusos e coletivos de uma comunidade) como o divisível (por afronta a interesses individuais homogêneos)” (REsp n. 1.574.350/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3/10/2017, DJe 6/3/2019). Nesse sentido também o precedente desta Segunda Turma: REsp n. 1.057.274, Segunda Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 26/2/2010.*

[...]

XXIX - Recurso especial provido. (REsp 1.637.910/RN, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 03.09.2019, DJe 09.09.2019)

Recurso especial. Ação coletiva de consumo. Cobrança de tarifas bancárias. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Fases da ação coletiva. Sentença genérica. Ação individual de cumprimento. Alta carga cognitiva. Definição. *Quantum debeat*. Ministério Público. Legitimidade ativa. Interesses individuais homogêneos. Relevância e transcendência. Existência. Coisa julgada. Efeitos e eficácia. Limites. Território nacional. Prazo prescricional. Deficiência da fundamentação recursal. Súmula 284/STF. Dano moral coletivo. Valores fundamentais. Lesão injusta e intolerável. Inocorrência. Afastamento. *Astreintes*. Revisão. Reexame de fatos e provas. Súmula 7/STJ.

[...]

12. O dano moral coletivo é categoria autônoma de dano que não se identifica com os tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), mas com a violação injusta e intolerável de valores fundamentais titularizados pela coletividade (grupos, classes ou categorias de pessoas). Tem a função de: a) proporcionar uma reparação indireta à lesão de um direito extrapatrimonial da coletividade; b) sancionar o ofensor; e c) inibir condutas ofensivas a esses direitos transindividuais.

13. Se, por um lado, o dano moral coletivo não está relacionado a atributos da pessoa humana e se configura *in re ipsa*, dispensando a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral, de outro, somente ficará caracterizado se ocorrer uma lesão a valores fundamentais da sociedade e se essa vulneração ocorrer de forma injusta e intolerável.

[...]

16. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 1.502.967/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07.08.2018, DJe 14.08.2018)

Assim, ressoa inequívoco que não basta a contrariedade à lei ou ao contrato para a caracterização do dano moral coletivo, mas sim a prática de conduta que “atinga um alto grau de reprovabilidade e transborde os lindes do individualismo, afetando, por sua gravidade e repercussão, o círculo primordial de valores sociais” (REsp 1.473.846/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21.02.2017, DJe 24.02.2017).

Desse modo, independentemente do número de pessoas concretamente atingidas pela lesão em certo período, o dano decorrente da conduta antijurídica deve ser ignóbil e significativo, afetando de forma inescusável e intolerável os valores e interesses coletivos fundamentais.

6. No presente caso, a pretensão reparatória de dano moral coletivo — deduzida pelo Ministério Público estadual na ação civil pública — tem por causas de pedir a alienação de terrenos em loteamento irregular (ante a violação de normas de uso e de ocupação do solo) e a veiculação de publicidade enganosa a consumidores de baixa renda, que teriam sido submetidos a condições precárias de moradia.

As instâncias ordinárias reconheceram a ilicitude da conduta dos réus que, utilizando-se de ardil e omitindo informações relevantes para os consumidores/adquirentes, anunciaram a venda de terrenos em loteamento irregular — com precárias condições urbanísticas — como se o empreendimento tivesse sido aprovado pela municipalidade e devidamente registrado no cartório imobiliário competente; nada obstante, o pedido de indenização por dano moral coletivo foi julgado improcedente.

Malgrado a argumentação do *Parquet* se concentre no caráter ambiental do dano — sob a perspectiva da defesa da ordem urbanística —, não se pode olvidar que a relevância da transparência nas relações de consumo, observado o princípio da boa-fé objetiva e o necessário equilíbrio entre consumidores e fornecedores, reclama a inibição e repressão dos objetivos mal disfarçados de esperteza, lucro fácil e imposição de prejuízo à parte vulnerável.

No afã de resguardar os direitos básicos de informação adequada e de livre escolha dos consumidores — protegendo-os, de forma efetiva, contra métodos desleais e práticas comerciais abusivas —, é que o Código de Defesa do Consumidor *procedeu à criminalização das condutas relacionadas à fraude em oferta e à publicidade abusiva ou enganosa*. Confira-se:

Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§ 2º Se o crime é culposos;

Pena. Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

Os objetos jurídicos tutelados pelas citadas normas penais compreendem, como dito acima, os direitos de livre escolha e de informação adequada dos consumidores, cuja higidez da manifestação de vontade deve ser assegurada, de modo a atender o valor ético-jurídico encartado no princípio constitucional da dignidade humana, conformador do próprio conceito de Estado Democrático de Direito, que não se coaduna com a permanência de profundas desigualdades, tal como a existente entre o fornecedor e a parte vulnerável no mercado de consumo.

Ambos os crimes são de mera conduta, não reclamando a consumação do resultado lesivo — efetivo comprometimento da manifestação da vontade do consumidor —, do que se extrai, a meu ver, a *evidente intolerabilidade da lesão ao direito transindividual da coletividade ludibriada, não informada adequadamente ou exposta à oferta fraudulenta ou à publicidade enganosa ou abusiva*.

Nessa linha de entendimento, há julgados das Turmas de Direito Privado que, em hipóteses de publicidade enganosa ou abusiva, consideraram existente dano moral coletivo por lesão intolerável a valor ético-jurídico primordial da sociedade encartado nos direitos básicos de informação adequada (e clara) e de livre escolha do consumidor. Veja-se:

Recurso especial. Ação civil pública. Dano moral coletivo. *Divulgação de publicidade ilícita*. Indenização. Sentença que acolheu o pedido inicial do MPDFT fixando a reparação em R\$ 14.000.000,00 (quatorze milhões de reais) e determinou a elaboração de contrapropaganda, sob pena de multa diária. Inconformismos das rés. Apelação parcialmente provida para reduzir o *quantum* indenizatório e excluir da condenação obrigação de fazer contrapropaganda, bem como a multa monitoria para a hipótese de descumprimento. Irresignação das rés. Ogilvy Brasil Comunicação Ltda. e da Souza Cruz S/A - e do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

1. *Do Recurso Especial da Ogilvy Brasil Comunicação Ltda.*

[...]

1.4. Os fatos que ensejaram a presente demanda ocorreram anteriormente à edição e vigência da Lei n. 10.167/2000 que proibiu, de forma definitiva, propaganda de cigarro por rádio e televisão. Com efeito, quando da veiculação da propaganda vigorava a Lei n. 9.294/96, cuja redação original restringia entre 21h00 e 06h00 a publicidade do produto. O texto legal prescrevia, ainda, que a publicidade deveria ser ajustada a princípios básicos, não podendo, portanto, ser dirigida a crianças ou adolescentes nem conter a informação ou sugestão de que o produto pudesse trazer bem-estar ou benefício à saúde dos seus consumidores. Isso consta dos incisos II e VI do § 1º, art. 3º da referida lei.

1.5. O direito de informação está fundamentado em outros dois direitos, um de natureza fundamental, qual seja, a dignidade da pessoa humana, e outro, de cunho consumerista, que é o direito de escolha consciente. Dessa forma, a teor dos artigos 9º e 31 do CDC, todo consumidor deve ser informado de forma “ostensiva e adequadamente a respeito da nocividade ou periculosidade do produto”.

1.5.1. A teor dos artigos 36 e 37 do CDC, nítida a ilicitude da propaganda veiculada. A uma, porque feriu o princípio da identificação da publicidade. A duas, porque revelou-se enganosa, induzindo o consumidor a erro porquanto se adotasse a conduta indicada pela publicidade, independente das conseqüências, teria condições de obter sucesso em sua vida.

[...]

1.5.3. *Em razão da inexistência de uma mensagem clara, direta que pudesse conferir ao consumidor a sua identificação imediata (no momento da exposição) e fácil (sem esforço ou capacitação técnica), reputa-se que a publicidade ora em debate, de fato, malferiu a redação do art. 36, do CDC e, portanto, cabível e devida a reparação dos danos morais coletivos.*

[...]

4. Recurso especial da Ogilvy Brasil Comunicação Ltda e da Souza Cruz S/A parcialmente providos e desprovido o recurso especial do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. (REsp 1.101.949/DF, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 10.05.2016, DJe 30.05.2016)

Recurso especial. Ação civil pública. Danos morais coletivos causados aos consumidores de Cuiabá. Infidelidade de bandeira. *Fraude em oferta ou publicidade enganosa praticadas por revendedor de combustível.*

1. *O dano moral coletivo é aferível in re ipsa, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despidiênda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral.*

2. *No caso concreto, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso ajuizou ação civil pública em face de revendedor de combustível automotivo, que, em 21.01.2004, fora autuado pela Agência Nacional de Petróleo, pela prática da conduta denominada “infidelidade de bandeira”, ou seja, o ato de ostentar marca comercial de uma distribuidora (Petrobrás - BR) e, não obstante, adquirir e revender produtos de outras (artigo 11 da Portaria ANP 116/2000), o que se revelou incontroverso na origem.*

3. *Deveras, a conduta ilícita perpetrada pelo réu não se resumiu à infração administrativa de conteúdo meramente técnico sem amparo em qualquer valor jurídico fundamental. Ao ostentar a marca de uma distribuidora e comercializar combustível adquirido de outra, o revendedor expôs todos os consumidores à prática*

comercial ilícita expressamente combatida pelo código consumerista, consoante se infere dos seus artigos 30, 31 e 37, que versam sobre a oferta e a publicidade enganosa.

4. A relevância da transparência nas relações de consumo, observados o princípio da boa-fé objetiva e o necessário equilíbrio entre consumidores e fornecedores, reclama a inibição e a repressão dos objetivos mal disfarçados de esperteza, lucro fácil e imposição de prejuízo à parte vulnerável.

5. Assim, no afã de resguardar os direitos básicos de informação adequada e de livre escolha dos consumidores, protegendo-os, de forma efetiva, contra métodos desleais e práticas comerciais abusivas, é que o Código de Defesa do Consumidor procedeu à criminalização das condutas relacionadas à fraude em oferta e à publicidade abusiva ou enganosa (artigos 66 e 67).

6. Os objetos jurídicos tutelados em ambos os crimes (de publicidade enganosa ou abusiva e de fraude em oferta) são os direitos do consumidor, de livre escolha e de informação adequada, considerada a relevância social da garantia do respeito aos princípios da confiança, da boa-fé, da transparência e da equidade nas relações consumeristas. Importante destacar, outrossim, que a tipicidade das condutas não reclama a efetiva indução do consumidor em erro, donde se extrai a evidente intolerabilidade da lesão ao direito transindividual da coletividade ludibriada, não informada adequadamente ou exposta à oferta fraudulenta ou à publicidade enganosa ou abusiva.

7. Nesse contexto, a infidelidade de bandeira constitui prática comercial intolerável, consubstanciando, além de infração administrativa, conduta tipificada como crime à luz do código consumerista (entre outros), motivo pelo qual a condenação do ofensor ao pagamento de indenização por dano extrapatrimonial coletivo é medida de rigor, a fim de evitar a banalização do ato reprovável e inibir a ocorrência de novas lesões à coletividade.

[...]

11. Recurso especial parcialmente provido para, reconhecendo o cabimento do dano moral coletivo, arbitrar a indenização em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com a incidência de juros de mora, pela Taxa Selic, desde o evento danoso. (REsp 1.487.046/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28.03.2017, DJe 16.05.2017)

Recurso especial. Processual Civil e Consumidor. Ação coletiva de consumo. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não verificação. *Publicidade abusiva*. Art. 37, § 2º, do CDC. Tema moralmente sensível. Dano moral coletivo. Lesão extrapatrimonial. Valores essenciais da sociedade. Hipótese concreta. Ocorrência.

1. Ação coletiva de consumo por meio da qual se questiona a *abusividade de publicidade que trata de tema moralmente sensível e na qual se pede seja vedada a veiculação da propaganda objurgada e compensados danos morais coletivos*.

[...]

3. O propósito recursal consiste em determinar se: a) ocorreu negativa de prestação jurisdicional; e b) se, na hipótese concreta, a veiculação da publicidade considerada abusiva é capaz de configurar dano moral coletivo. [...]

5. *Os danos morais coletivos configuram-se na própria prática ilícita, dispensam a prova de efetivo dano ou sofrimento da sociedade e se baseiam na responsabilidade de natureza objetiva, a qual dispensa a comprovação de culpa ou de dolo do agente lesivo, o que é justificado pelo fenômeno da socialização e coletivização dos direitos, típicos das lides de massa.*

6. *Ademais, os danos morais coletivos têm como função a repressão e a prevenção à prática de condutas lesivas à sociedade, além de representarem uma forma de reverter a vantagem econômica obtida individualmente pelo causador do dano em benefício de toda a coletividade.*

7. A publicidade questionada reproduz o seguinte diálogo: “- Posso trazer meu namorado para dormir em casa, passar a noite fazendo sexo selvagem e acordando a vizinhança toda? - Claro filhote! - Ai paizão, valeu! Sabia que cê ia deixar. - Ufa! Achei que ele ia me pedir o carro!”.

8. *Na hipótese concreta, tendo o acórdão recorrido reconhecido a reprovabilidade do conteúdo da publicidade, considerando-a abusiva, não poderia ter deixado de condenar a recorrida a ressarcir danos morais coletivos, sob pena de tornar inepta a proteção jurídica à indevida lesão de interesses transindividuais, deixando de aplicar a função preventiva e pedagógica típica de referidos danos e permitindo a apropriação individual de vantagens decorrentes da lesão de interesses sociais.*

9. Recurso especial parcialmente provido. Sentença reestabelecida. (REsp 1.655.731/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14.05.2019, DJe 16.05.2019)

Recurso especial. Direito do Consumidor. Ação civil pública. Negativa de prestação jurisdicional. Rejeitada. Cerceamento de defesa. Inexistente. Segurança alimentar. Preocupação mundial com a alimentação adequada, saudável, de forma permanente e sustentável. Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Exposição a venda de produtos deteriorados em rede de supermercados. *Publicidade enganosa*. Sobreposição de etiquetas com alteração da data de validade do produto. Quebra da confiança da coletividade de consumidores. Vícios e defeitos. Danos morais coletivos. Configurados. Valor da indenização. Mantido. *Reformatio in pejus*. Inexistente. Matéria de ordem pública.

[...]

2. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face de sociedade empresária que atua na rede de supermercados, em razão da *venda de produtos alimentícios com prazo de validade expirado, deteriorados e com sobreposição de etiquetas a enganar a data de perecimento, na qual requer o pagamento de compensação por danos morais coletivos.*

3. O propósito recursal consiste em dizer: i) da negativa de prestação jurisdicional; ii) do cerceamento de defesa; iii) da configuração de danos morais coletivos e do correspondente valor de seu arbitramento; iv) da *reformatio in pejus* decorrente da modificação em grau recursal da correção monetária e dos juros de mora fixados em sentença.

[...]

6. A proteção da comida é uma responsabilidade compartilhada mundialmente. No plano internacional, a Organização das Nações Unidas (ONU) consagrou a relevante missão para o Desenvolvimento Sustentável de alcançar a segurança alimentar. O Brasil adotou como política de Estado o respeito à soberania alimentar e a garantia do direito humano à alimentação adequada, inclusive com a criação do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional.

7. *O Código de Defesa do Consumidor é enfático ao estabelecer que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, obrigando os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito (art. 8º).*

8. *Os danos morais coletivos configuram-se na própria prática ilícita, dispensam a prova de efetivo dano ou sofrimento da sociedade e se baseiam na responsabilidade de natureza objetiva, a qual dispensa a comprovação de culpa ou de dolo do agente lesivo, o que é justificado pelo fenômeno da socialização e coletivização dos direitos, típicos das lides de massa.*

9. O consumidor que se dirige ao supermercado tem a justa e natural expectativa de encontrar à disposição produtos alimentícios livres de vícios de qualidade que coloquem sua saúde em risco. Presume-se socialmente que o produto é considerado próprio ao consumo, levando em consideração a qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos expostos à venda.

10. *Na hipótese, as condutas ilícitas da recorrente, efetivadas em não apenas uma loja específica, mas como aparente política de venda comum em sua rede de supermercados, são indiscutivelmente causadoras de danos morais coletivos.*

11. *A publicidade comercial da recorrente inseria informações enganosas do preço dos produtos e anunciava mercadorias que sequer existiam nas suas prateleiras para venda, tudo para atrair o maior número de consumidores, que eram ludibriados pelas condições supostamente favoráveis do fornecedor.*

12. *Está evidenciada a total quebra de confiança na relação com o consumidor, porque a sobreposição de etiquetas, para falsamente postergar data de vencimento de produtos, e a exposição a venda de alimentos sabidamente deteriorados constituem grave e odiosa ofensa à garantia da segurança alimentar de todos que confiaram na qualidade da comida que compraram.*

13. Reconhecida a máxima gravidade da conduta ilícita praticada, mantém-se o valor arbitrado pelas instâncias ordinárias de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a título de danos morais coletivos.

[...]

Recurso especial conhecido e não provido. (REsp 1.799.346/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03.12.2019, DJe 13.12.2019)

Recurso especial. Direito do Consumidor. Ação civil pública. *Propaganda enganosa*. Veículo automotor. Introdução no mercado nacional. Difusão de informações equivocadas. Itens de série. Modelo básico. Lançamento futuro. Dano moral difuso. Configuração. Reexame da matéria. Revolvimento de provas e fatos. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ.

[...]

5. *O sistema de tutela da publicidade trazido pelo Código de Defesa do Consumidor encontra-se assentado em uma série de princípios norteadores que se propõem a direcionar e limitar o uso das técnicas de publicidade, evitando, assim, a exposição do público consumidor a eventos potencialmente lesivos aos direitos tutelados pelo referido diploma legal. Dentre estes princípios, merecem destaque, os da identificação obrigatória, da publicidade veraz, da vinculação contratual e da correção do desvio publicitário.*

6. O acervo probatório carreado nos autos (que não pode ser objeto de reexame na via especial por força do que dispõe a Súmula n. 7/STJ) apontou para a existência de ação deliberada da fabricante com o propósito de levar a erro a imprensa especializada e, conseqüentemente, o público consumidor, ao repassar a veículos de comunicação especializados a respeito da indústria automotiva, a falsa informação de que a versão mais básica do automóvel Hyundai i30, seria comercializado no país contendo determinados itens de série que, mais tarde, se fizeram presentes apenas em versões mais luxuosas do referido veículo.

7. Impossível negar o intuito de ludibriar o consumidor, no comportamento adotado por empresa revendedora de automóveis que, meses antes do lançamento de determinado modelo no mercado nacional, inunda a imprensa especializada com informações falsas a respeito do mesmo, de modo a criar no imaginário popular a falsa impressão de que seria infinitamente superior aos veículos de mesma categoria oferecidos por suas concorrentes.

8. *O dano moral difuso, compreendido como o resultado de uma lesão a bens e valores jurídicos extrapatrimoniais inerentes a toda a coletividade, de forma indivisível, se dá quando a conduta lesiva agride, de modo injusto e intolerável, o ordenamento jurídico e os valores éticos fundamentais da sociedade em si considerada, a provocar repulsa e indignação na própria consciência coletiva. A obrigação de promover a reparação desse tipo de dano encontra respaldo nos arts. 1º da Lei n. 7.347/1985 e 6º, VI, do CDC, bem como no art. 944 do CC.*

9. A hipótese em apreço revela nível de reprovabilidade que justifica a imposição da condenação tal e qual já determinada pelas instâncias de origem. Além disso, a revisão das conclusões do acórdão ora hostilizado encontra,

também nesse ponto específico, intransponível óbice na inteligência da Súmula n. 7/STJ.

10. Recurso especial não provido. (REsp 1.546.170/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18.02.2020, DJe 05.03.2020)

Sob a mesma ótica, destaca-se precedente da Segunda Turma — da relatoria do eminente Ministro Herman Benjamin —, firmado por ocasião do julgamento do *Recurso Especial 1.828.620/RO*, segundo o qual “*enganar o consumidor ou dele abusar vai muito além de dissabor irrelevante ou aborrecimento desprezível, de natural conduta cotidiana, aceitável na vida em sociedade*”, por configurar prática flagrantemente antiética e ilegal que não poupa “*nem pobres nem vulneráveis, nem analfabetos nem enfermos*”.

O referido acórdão recebeu a seguinte ementa:

Processual Civil e Administrativo. Recursos especiais. Ação civil pública movida por associação de consumidores. Direito a informação. Princípio da transparência. Venda a crédito de veículos sem a devida prestação de informações aos consumidores. Arts. 37, 38 e 52, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor. Juros embutidos. *Publicidade enganosa*. Ocorrência. Dano moral coletivo de consumo. Acórdão recorrido em sintonia com o entendimento do STJ.

[...]

3. O direito de não ser enganado antecede o próprio nascimento do Direito do Consumidor, daí sua centralidade no microsistema do CDC. A oferta, publicitária ou não, deve conter não só informações verídicas, como também não ocultar ou embaralhar as essenciais. Sobre produto ou serviço oferecido, ao fornecedor é lícito dizer o que quiser, para quem quiser, quando e onde desejar e da forma que lhe aprouver, desde que não engane, ora afirmando, ora omitindo (= publicidade enganosa), e, em paralelo, não ataque, direta ou indiretamente, valores caros ao Estado Social de Direito, p. ex., dignidade humana, saúde e segurança, proteção especial de sujeitos e grupos vulneráveis, sustentabilidade ecológica, aparência física das pessoas, igualdade de gênero, raça, origem, crença, orientação sexual (= publicidade abusiva).

[...]

6. O dano moral coletivo encarna lesão a bens imateriais de grupo de pessoas, determinado ou não, causada por afronta a valores ético-jurídicos primordiais da sociedade, entre os quais se incluem dignidade humana, paz e tranquilidade sociais, tratamento isonômico, respeito à diversidade, boa-fé nas relações jurídicas, probidade administrativa e cuidado com o patrimônio público, integridade do processo eleitoral, conservação das bases ecológicas da vida, verdade na produção e veiculação de informações.

7. Não se trata de dano hipotético ou fictício, pois reconhecido pelo ordenamento jurídico. Equivocado afastá-lo em reação à força retórica da crítica fácil à banalização e indústria do dano moral. Se trivialidade ou massificação ocorre, é no desrespeito a direitos básicos dos consumidores pelos agentes econômicos privados - sem falar do próprio Estado. Permissividade e tolerância que, historicamente, se apelidaram de ousadia empreendedora, exatamente o tipo de "normalidade" que identifica o capitalismo selvagem e predatório, sem ética nem freio - a antítese da verdadeira economia de mercado -, patologias que levaram precisamente à edição do CDC.

8. Nenhum instituto jurídico se acha imune a desvirtuamento. Eventuais excessos no uso de indenização por danos morais, coletivos ou não, e de outros remédios legais ou jurisprudenciais destinados a coibir e reparar atentados a direitos estatuidos, por um lado haverão de sofrer rígida disciplina judicial e, por outro, certamente empalidecem diante de abusos cotidianos nas práticas comerciais, que não poupam nem pobres nem vulneráveis, nem analfabetos nem enfermos.

9. Enganar o consumidor ou dele abusar vai muito além de dissabor irrelevante ou aborrecimento desprezível, de natural conduta cotidiana, aceitável na vida em sociedade. Reagir judicialmente contra o engano e o abuso na relação de consumo não revela faniquito exaltado ou mimimi ético, mas sim corresponde a acreditar em direitos conferidos pelo legislador - por meio de norma cogente de ordem pública e interesse social - e a judicializá-los quando desrespeitados.

[...]

12. Assim, o acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência do STJ no sentido do cabimento de indenização por dano moral coletivo em Ação Civil Pública, sobretudo quando há clara violação do direito de informação previsto no CDC, diante de oferta e anúncios publicitários, não se exigindo, para tanto, dolo ou culpa na conduta, consoante a índole do microsistema. [...]

13. Recursos Especiais não providos. (REsp 1.828.620/RO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03.12.2019, DJe 05.10.2020)

7. No caso dos autos, as instâncias ordinárias reconheceram que os réus veicularam publicidade (ou oferta) enganosa direcionada a consumidores de baixa renda, que, sequiosos da concretização do "sonho da casa própria", celebraram negócios jurídicos para aquisição de terrenos em loteamento cuja irregularidade foi dissimulada e apenas descoberta por ocasião da tentativa de registro da compra no cartório imobiliário, após a quitação dos preços pactuados.

Nesse contexto, penso que se revela inequívoco o caráter ignóbil da conduta perpetrada pelos réus, tipificada como crime à luz do código consumerista, motivo pelo qual a condenação ao pagamento de indenização por dano

extrapatrimonial coletivo é medida de rigor, a fim de evitar a banalização do ato reprovável e inibir a ocorrência de novas e similares lesões à coletividade.

Outrossim, penso que não é apenas à luz do CDC que se observa a configuração de dano moral transindividual inaceitável causado pelos recorridos.

Com efeito, a *Lei 6.766/1979* — que dispõe sobre o parcelamento do solo para fins urbanos — tipifica, em seus artigos 50 e 51, como crimes contra a administração pública, sujeitos a pena de reclusão de um a quatro anos, os atos de:

Art. 50. [...]

I - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios;

II - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos sem observância das determinações constantes do ato administrativo de licença;

III - fazer ou veicular em proposta, contrato, prospecto ou comunicação ao público ou a interessados, afirmação falsa sobre a legalidade de loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, ou ocultar fraudulentamente fato a ele relativo.

[...]

Parágrafo único - O crime definido neste artigo é qualificado, se cometido.

I - por meio de venda, promessa de venda, reserva de lote ou quaisquer outros instrumentos que manifestem a intenção de vender lote em loteamento ou desmembramento não registrado no Registro de Imóveis competente.

II - com inexistência de título legítimo de propriedade do imóvel loteado ou desmembrado, ressalvado o disposto no art. 18, §§ 4º e 5º, desta Lei, ou com omissão fraudulenta de fato a ele relativo, se o fato não constituir crime mais grave.

Pena: Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de 10 (dez) a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Os tipos legais (notadamente os contidos nos incisos I e II do *caput* do artigo 50) consubstanciam crimes de mera conduta, tendo por objeto jurídico o respeito ao ordenamento urbanístico e, por conseguinte, a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, valor ético social — intergeracional e fundamental — consagrado pela Constituição de 1988 (artigo 225), que é

vulnerado, de forma grave, pela prática do loteamento irregular (ou clandestino), consoante destaca importante lição de José Afonso da Silva:

O loteamento clandestino constitui, ainda, uma das pragas mais daninhas do urbanismo brasileiro. Loteadores parcelam terrenos de que, não raros, não têm título de domínio, por isso não conseguem a aprovação de plano, quando se dignam apresentá-lo à prefeitura, pois, o comum é que sequer se preocupem com essa providência, que é onerosa, inclusive porque demanda a transferência de áreas de logradouros públicos e outras ao domínio público. Feito o loteamento, nessas condições, põem-se os lotes à venda, geralmente para pessoas de rendas modestas, que, de uma hora para outra, perdem seu terreno e a casa que nele ergueram, também clandestinamente, porque não tinham documentos que lhes permitissem obter a competente licença para edificar no lote.

Praticam-se dois crimes de uma vez, um aos adquirentes de lotes, e outro, aos princípios urbanísticos, porque tais loteamentos não recebem o mínimo de urbanificação que convenha ao traçado geral da cidade. Tais loteadores não são urbanificadores, mas especuladores inescrupulosos que carecem de corretivos drásticos. Eles criam áreas habitadas, praticamente sem serem habitáveis, por falta de condicionamento urbanístico, as quais se transformam num quisto urbano de difícil solução, dada a questão social que neles geralmente se envolvem. (SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 344)

Entre os transtornos causados pela ocupação irregular do solo, pode-se enumerar “*a desarticulação do sistema viário, dificultando o acesso de ônibus, ambulâncias, viaturas policiais e caminhões de coleta de lixo; a formação de bairros sujeitos a erosão e alagamentos, assoreamento dos rios, lagos e mares; a ausência de espaços públicos para implantação de equipamentos de saúde, educação, lazer e segurança; o comprometimento dos mananciais de abastecimento de água e do lençol freático; as ligações clandestinas de energia elétrica, resultando em riscos de acidentes e incêndios; a expansão horizontal excessiva da malha urbana, ocasionando elevados ônus para o orçamento público*” (PINTO, Victor Carvalho. *Ocupação irregular do solo urbano: o papel da legislação federal*. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2003, p. 3).

O relevante interesse público inserto na defesa da ordenação urbana conducente a uma cidade ecologicamente equilibrada tornou-se ainda mais evidente com a pandemia (ou sindemia) da covid-19, cuja disseminação acelerada nas metrópoles brasileiras não pode ser imputada a fatores meramente biológicos, mas também a aspectos sociais desfavoráveis ensejadores de uma maior vulnerabilidade e desigualdade socioeconômica, tais quais as moradias precárias da população de baixa renda, que, além de contar com espaço diminuto

para famílias numerosas, sofre, muitas vezes, com a falta de abastecimento de água potável e de um sistema de esgoto eficiente, entre outros serviços de saneamento básico.

Consequentemente, a meu ver, sendo clara a ofensa ao mínimo existencial da coletividade prejudicada pelo loteamento irregular — assim como a publicidade enganosa efetuada em detrimento dos consumidores —, tal conduta configura lesão intolerável a valor essencial da sociedade, o que torna a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais coletivos plenamente viável.

Mutatis mutandis, transcreve-se a ementa de acórdão da Segunda Turma que, no bojo de ação civil pública ajuizada em face do espólio do loteador e do Município, considerou cabida a indenização por dano moral coletivo:

Processo Civil e Ambiental. Ação civil pública. Ordem urbanística. Loteamento rural clandestino. Ilegalidades e irregularidades demonstradas. Omissão do poder público municipal. Dano ao meio ambiente configurado. Dano moral coletivo.

1. Recurso especial em que se discute a ocorrência de dano moral coletivo em razão de dano ambiental decorrente de parcelamento irregular do solo urbanístico, que, além de invadir Área de Preservação Ambiental Permanente, submeteu os moradores da região a condições precárias de sobrevivência.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem determinou as medidas específicas para reparar e prevenir os danos ambientais, mediante a regularização do loteamento, mas negou provimento ao pedido de ressarcimento de dano moral coletivo.

3. A reparação ambiental deve ser plena. *A condenação a recuperar a área danificada não afasta o dever de indenizar, alcançando o dano moral coletivo e o dano residual.* Nesse sentido: REsp 1.180.078/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/02/2012.

4. “O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base. (...) O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos” (REsp 1.057.274/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010.).

5. No caso, o dano moral coletivo surge diretamente da ofensa ao direito ao meio ambiente equilibrado. Em determinadas hipóteses, reconhece-se que

o dano moral decorre da simples violação do bem jurídico tutelado, sendo configurado pela ofensa aos valores da pessoa humana. Prescinde-se, no caso, da dor ou padecimento (que são consequência ou resultado da violação). Nesse sentido: REsp 1.245.550/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16/04/2015.

Recurso especial provido. (REsp 1.410.698/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23.06.2015, DJe 30.06.2015)

8. Destarte, a meu juízo, uma vez reconhecido o cabimento do dano extrapatrimonial coletivo no caso concreto, incumbe a esta Corte quantificá-lo, aplicando o direito à espécie, *ex vi* do disposto no artigo 257 do RISTJ.

Na inicial, o Ministério Público pleiteou que as indenizações por danos morais individuais homogêneos e por dano moral coletivo fossem arbitradas na fase de liquidação de sentença.

A magistrada de piso, ao julgar procedente a pretensão reparatória apenas dos danos morais individuais, fixou-os em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada um dos onze compradores apontados nos autos do processo.

De fato, a reparação adequada do dano moral coletivo deve refletir sua função sancionatória e pedagógica, desestimulando o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, um ônus financeiro capaz de inviabilizar a continuidade da atividade empresarial exercida pelo fornecedor (à época, corretor de imóveis).

É importante ressaltar, ademais, que a quantificação do dano moral coletivo reclama o exame das peculiaridades de cada caso concreto, observando-se a relevância do interesse transindividual lesado, a gravidade e a repercussão da lesão, a situação econômica do ofensor, o proveito obtido com a conduta ilícita, o grau da culpa ou do dolo (se presente), a verificação da reincidência e o grau de reprovabilidade social (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Op. cit., p. 163-165). O *quantum* não deve destoar, contudo, dos postulados da equidade e da razoabilidade nem olvidar os fins almejados pelo sistema jurídico com a tutela dos interesses injustamente violados.

Em se tratando de dano moral individual, esta Quarta Turma, quando do julgamento do Recurso Especial 1.473.393/SP — de minha relatoria —, adotou o mesmo entendimento da Terceira, no sentido da utilização de método bifásico para garantir o arbitramento equitativo da quantia indenizatória, valorados o interesse jurídico lesado e as circunstâncias do caso. Assim:

Na *primeira fase*, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o *interesse jurídico lesado*, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (*grupo de casos*). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam.

Na *segunda fase*, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as *circunstâncias particulares do caso* (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as peculiaridades do caso.

Chega-se, com isso, a um ponto de equilíbrio em que as vantagens dos dois critérios estarão presentes. De um lado, será alcançada uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, enquanto, de outro lado, obter-se-á um montante que corresponda às peculiaridades do caso com um arbitramento equitativo e a devida fundamentação pela decisão judicial. (REsp 1.152.541/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 13.09.2011, DJe 21.09.2011)

Nesse passo, suprimidas as circunstâncias específicas da lesão a direitos individuais de conteúdo extrapatrimonial, creio ser possível o emprego do mesmo método bifásico para quantificação do dano moral coletivo.

Assim, em primeira fase, verifica-se que julgados desta Corte, ao reconhecerem dano moral coletivo em razão de injusta violação de direitos básicos dos consumidores (de informação adequada, de escolha consciente, de proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva), *consideraram razoável a fixação de valores entre R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais)*, o que tem o condão de traduzir a relevância do interesse transindividual lesado (REsp 1.546.170/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18.02.2020, DJe 05.03.2020; REsp 1.799.346/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03.12.2019, DJe 13.12.2019; REsp 1.655.731/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14.05.2019, DJe 16.05.2019; REsp 1.487.046/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28.03.2017, DJe 16.05.2017; REsp 1.101.949/DF, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 10.05.2016, DJe 30.05.2016; e REsp 1.291.213/

SC, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 30.08.2012, DJe 25.09.2012).

Em caso de situação similar à dos autos, a Segunda Turma arbitrou o dano moral coletivo em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) (*REsp 1.410.698/MG*, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 23.06.2015, DJe 30.06.2015).

Por sua vez, em segunda fase, observadas as nuances do caso concreto — conduta dolosa causadora de dano de abrangência local; ofensor de capacidade econômica mediana; proveito econômico no importe aproximado de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais); recalcitrância no descumprimento do dever de informação adequada e na realização de outros loteamentos irregulares; e significativa reprovabilidade social da lesão —, *considero razoável e adequado à função do dano moral coletivo o arbitramento da quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), que, com a incidência de juros de mora desde a apuração do primeiro evento danoso em 28.10.1999 (no percentual de 6% ao ano até 10.1.2003 e de acordo com a Taxa Selic após o advento do Código Civil de 2002) alcança, nessa data, valor próximo a R\$ 219.403,30 (duzentos e dezoito mil, quatrocentos e três reais e trinta centavos).*

Quanto ao ponto da aplicação da Taxa Selic a dívidas civis, ressalvo apenas o posicionamento externado no julgamento do *Recurso Especial 1.795.982/SP*, de minha relatoria, no qual propus uma releitura dos *Embargos de Divergência 727.842/SP* (Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 08.09.2008, DJe 20.11.2008), porém com resultado ainda indefinido diante de pedido de vista.

8. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para, reconhecendo o cabimento do dano moral coletivo, fixá-lo em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com a incidência de juros de mora desde o evento danoso (no percentual de 0,5% ao mês até 10.1.2003 e de acordo com a Taxa Selic após o advento do Código Civil de 2002).

O ônus do pagamento das custas processuais deve ser imputado exclusivamente ao réu, não se revelando cabível condenação em honorários advocatícios, por simetria com a norma disposta no artigo 18 da Lei 7.347/85, consoante jurisprudência consolidada pela Corte Especial (*EAREsp 962.250/SP*, Rel. Ministro Og Fernandes, julgado em 15.08.2018, DJe 21.08.2018).

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.626.997-RJ (2011/0268602-9)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Banco Santander Brasil S/A Incorporador do Banco ABN Amro Real S.A

Advogados: Jose Manoel de Arruda Alvim Netto e outro(s) - SP012363

Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim e outro(s) - SP118685

Guilherme Pimenta da Veiga Neves - DF014230

Osmar Mendes Paixão Côrtes e outro(s) - DF015553

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Recurso especial. Ação civil pública. Aventada abusividade de cláusula inserta em contrato de cartão de crédito na qual previsto, em caso de inadimplemento do titular, o débito direto em conta corrente do valor mínimo da fatura. Instâncias ordinárias que reputaram ilícita a prática e condenaram a demandada à restituição em dobro das quantias. Insurgência da ré.

Hipótese: Cinge-se a controvérsia principal em saber se, em contrato de cartão de crédito, é abusiva a cláusula contratual que permite o desconto do valor, referente ao pagamento mínimo da fatura em caso de inadimplemento, diretamente na conta corrente do titular do cartão.

1. Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando o Tribunal de origem entender adequadamente instruído o feito, declarando a prescindibilidade de produção probatória, por se tratar de matéria eminentemente de direito ou de fato já provado de forma documental.

1.1 No caso, a verificação da necessidade da produção de outras provas, faculdade adstrita ao magistrado, demanda revolvimento de matéria fática, providência vedada pela Súmula 7/STJ.

2. Na linha da jurisprudência do STJ, o Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública com o propósito de

velar direitos difusos, coletivos e, também, individuais homogêneos dos consumidores, ainda que disponíveis.

3. Não é abusiva a cláusula inserta em contrato de cartão de crédito que autoriza a operadora/financeira a debitar na conta corrente do respectivo titular o pagamento do valor mínimo da fatura em caso de inadimplemento, ainda que contestadas as despesas lançadas.

4. Inviável a devolução (em dobro) das quantias até então descontadas pela financeira, haja vista que o montante debitado diretamente na conta corrente do titular do cartão a título de pagamento mínimo de fatura está expressamente autorizado por cláusulas contratuais adequadamente redigidas que não redundam em constrangimento apto a denotar defeito na prestação do serviço, tampouco demonstram desprezo à vulnerabilidade do consumidor no mercado.

5. Recurso especial parcialmente provido para julgar improcedentes os pedidos da inicial.

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, para julgar improcedentes os pedidos da inicial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 1º de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 4.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Banco Santander Brasil S/A* incorporador do *Banco ABN Amro Real*

S.A., fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, manejado contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Na origem, trata-se de Ação Civil Pública, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, intentada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face da instituição financeira, objetivando, com amparo em inquérito civil (IC n. 28/04) intentado pela 3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Niterói e Rio Bonito, a declaração de nulidade dos itens 1 e 4 da cláusula 14 e item 2 da cláusula 15 constantes de contrato de emissão de cartão de crédito, relativamente ao desconto automático em conta corrente de valor equivalente ao pagamento mínimo de fatura mensal de cartão de crédito em atraso, assim como a forma do respectivo estorno da quantia na hipótese de erro da administradora.

Eis os termos das cláusulas referidas conforme exposto pelo autor às fls. 8 e 9 do petítório inicial:

14.1 - Na hipótese do não pagamento da fatura mensal no dia do seu vencimento, o titular, quando correntista do emissor, desde logo autoriza que o valor equivalente ao pagamento mínimo nela estipulado, seja levado a débito em sua conta corrente de depósito à vista, desde que esta possua saldo disponível suficiente para acatá-lo.

14.4 - Na hipótese do titular ter efetuado o pagamento e este ainda não tiver sido processado, ocorrendo o débito em conta corrente nas situações previstas neste contrato, poderá o Titular requerer ao Emissor o respectivo estorno.

15.2 - Poderá o Emissor, a seu exclusivo critério e sem que tal procedimento constitua assunção de nova dívida, admitir que as faturas sejam pagas deduzidas as transações contestadas, desde que a contestação tenha sido feita no prazo acima assinalado.

Decisão às fls. 104, na qual indeferido o pedido de antecipação de tutela.

Regularmente citado, o réu apresentou contestação às fls. 126-158.

Após a fase probatória, o magistrado (sentença às fls. 309-316) julgou procedente o pedido para declarar a nulidade das cláusulas 14.1, 14.2 e 15.2 do contrato de emissão de cartão de crédito, determinando que o réu se abstenha de efetuar os descontos automáticos nas contas de seus correntistas de dívidas por eles não reconhecidas e, em caso de duplo pagamento, efetue a devolução automática independentemente do requerimento de estorno por parte do consumidor. Condenou o demandado, ainda, no pagamento das custas

processuais e honorários advocatícios arbitrados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a serem revertidos para o Fundo Especial do Ministério Público, criado pela Lei Estadual n. 2.819, de 07.11.97, e regulamentado pela Resolução GPGJ n. 801, de 19.03.98.

Interposta apelação, o Tribunal Fluminense negou provimento ao reclamo em acórdão assim ementado (fls. 409-410):

Apelação cível. Ação civil pública. Tutela de direito individual homogêneo. Desconto automático do valor mínimo da fatura de consumo de cartão de crédito dos correntistas da instituição financeira demandada. Alegação de ilegitimidade ativa que não se sustenta, pois abarca número determinado de pessoas, por uma origem comum e com um objeto determinado, revelando uma relação jurídica subjacente que une o respectivo grupo, questionada como causa de pedir, com vistas à reparação de um dano fático. É o Código de Defesa do Consumidor norma de ordem pública, indisponível por contrato ou pela vontade das partes, dado seu imanente interesse social, dotado de função social, tendo em vista sua origem constitucional - artigos 5º, XXXII e 170, V, da Constituição da República. Diante disso, verifica-se que a previsão contratual se subsume à disposto no inciso IV, do artigo 51, do CDC, na medida em que estabelece obrigação iníqua, abusiva, por conseguinte, nula de pleno direito, ao colocar os consumidores em situação de desvantagem exagerada, incompatível com a boa-fé e a equidade. Assim, ao lançar mão do valor mínimo da fatura de consumo do cartão de crédito, atua em exercício arbitrário, verdadeira penhora por via transversa de salário do devedor, que, por excelência, trata-se de bem absolutamente impenhorável, consoante dispõe o inciso IV, do artigo 649, do Código de Defesa do Consumidor. Desprovimento do recurso.

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados.

Nas razões do especial (fls. 263-286), o ora insurgente apontou, além de divergência jurisprudencial, violação dos artigos 130, 330, 332, 336, 400, 649, IV, do CPC/73, 42, 51, IV, 81, parágrafo único, III, do CDC, 18 da Lei n. 7.347/85.

Sustentou, em síntese: (a) ocorrência de cerceamento de defesa, dada a impossibilidade de produzir as provas (oral e pericial) consideradas necessárias para comprovar que as cláusulas discutidas nos autos são comuns em contratos do gênero, não sendo, portanto, abusivas; (b) ilegitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar a presente ação civil pública; (c) inexistência de abusividade quanto ao pagamento mínimo automático em caso de inadimplemento da fatura do cartão de crédito; (d) impossibilidade de atribuir ao pagamento mínimo da fatura do cartão de crédito a natureza jurídica de penhora sobre salário; e (e) não cabimento da restituição em dobro, por ausência de má-fé, e consequentemente,

impossibilidade de condenação ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público.

Em juízo de admissibilidade (fls. 584-603), fora negado seguimento ao reclamo, tendo a parte interposto agravo em recurso especial visando destrancar a insurgência.

Este signatário, na deliberação de fls. 736-737, deu provimento ao agravo, determinando a sua conversão em recurso especial para melhor exame da controvérsia.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 754-758 pelo não conhecimento do reclamo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): O reclamo merece prosperar em parte.

Cinge-se a controvérsia principal em saber se, em contrato de cartão de crédito, é abusiva a cláusula contratual que permite o desconto do valor, referente ao pagamento mínimo da fatura em caso de inadimplemento, diretamente na conta corrente do titular do cartão.

De início, examinam-se as preliminares arguidas atinentes à ocorrência de cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado da lide e a alegada ilegitimidade ativa do órgão do Ministério Público para o ajuizamento da demanda.

1. A tese de cerceamento de defesa deve ser afastada.

Conforme entendimento desta Corte Superior, não há que se falar em cerceamento de defesa quando o julgador considera desnecessária a produção de determinada prova em razão da existência, nos autos, de elementos suficientes para a formação de seu convencimento.

Nesse sentido:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Processual Civil e contrato bancário. Alienação fiduciária. Alegações de cerceamento de defesa não demonstrado. Onerosidade excessiva. Reexame de matéria fático-probatória. Súmula 7/STJ. Provimento negado.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que não configura cerceamento de defesa o julgamento da causa, com o julgamento antecipado da lide, quando o Tribunal de origem entender substancialmente instruído o feito, declarando a prescindibilidade de produção probatória, por se tratar de matéria eminentemente de direito.

2. O cerceamento de defesa fica afastado, ainda, quando a parte interessada não traz elementos que justifiquem o requerimento de produção probatória efetuada.

3. Relativamente à alegação de onerosidade excessiva - a qual teria acabado por tornar extremamente gravoso o cumprimento do contrato pela ora recorrente -, tal questão foi devidamente apreciada pela Corte a quo, de maneira que a inversão do que ficou decidido pelo Tribunal de origem, tal como propugnada nas razões do apelo especial, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório dos autos, providência que encontra óbice na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

AgRg no AREsp 422.082/MS, Rel. Min. Raul Araújo, DJe de 23/02/2015.

Ademais, esta Corte, em geral, só tem reconhecido o cerceamento de defesa, quando, indeferida determinada prova essencial ao julgamento do feito, o magistrado recorre à regra de distribuição do ônus da prova do art. 373 do NCPC, situação inócurrenente, na espécie.

Depreende-se da sentença (fl. 312) que o magistrado afirmou ser exclusivamente de direito a matéria controvertida, *“uma vez que o cerne da questão está em aferir a validade das cláusulas 14.1, 14.4 e 15.2 do contrato de fls. 31; que prevêem a possibilidade de o réu debitar, diretamente na conta corrente dos clientes, o valor mínimo indicado na fatura de seus cartões de crédito, sempre que caracterizado o atraso no pagamento desta, e houver saldo suficiente para tanto”*.

O Tribunal Fluminense (fl. 413), por sua vez, corroborou tal assertiva ao aduzir: *“sequer há falar em cerceamento de defesa, na alegada ausência de oportunidade para a demonstração da análise do teor das cláusulas 14.1, 14.2 e 14.4, constante do contrato de fls. 05, porquanto se trata de matéria de direito, que dispensa qualquer dilação probatória, tendo em vista que se trata da mera aferição objetiva de seu teor frente aos postulados da probidade e da boa-fé, com o intuito de aferir se efetivamente há lesão aos correntistas”*.

É entendimento assente nesta Corte Superior não ser possível, em recurso especial, o reconhecimento de suposto cerceamento de defesa na hipótese em que o Tribunal *a quo* entendeu que o feito se encontrava substancialmente

instruído a permitir o julgamento da causa sem a produção da prova requerida. Isso porque, em última análise, compete às instâncias ordinárias o exame da necessidade ou não de dilação probatória, haja vista sua proximidade com as circunstâncias fáticas da causa, cujo reexame é vedado em recurso especial, nos termos da Súmula 7 deste STJ.

De acordo com o art. 130 do CPC/73, atual 370 do NCPC, cabe ao julgador determinar as provas que entender pertinentes à instrução do processo, bem como indeferimento das que considerar inúteis ou protelatórias, em observância aos princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz.

Nesse sentido:

(...)

2. Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando o Tribunal de origem entender adequadamente instruído o feito, declarando a prescindibilidade de produção probatória, por se tratar de matéria eminentemente de direito ou de fato já provado documentalmente. No caso, a verificação da necessidade da produção de outras provas, faculdade adstrita ao magistrado, demanda revolvimento de matéria fática, inviável em recurso especial (Súmula 7/STJ).

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 781.446/SC, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21/02/2019, DJe 13/03/2019)

2. Quanto à apontada ilegitimidade ativa, melhor sorte não socorre o insurgente.

Na linha da jurisprudência do STJ, o órgão do Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública ou ação coletiva com o propósito de velar por direitos difusos, coletivos e, também, individuais homogêneos dos consumidores, ainda que disponíveis (AgInt no REsp n. 1.711.799/GO, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 2/12/2019, DJe 10/12/2019).

No mesmo sentido, os seguintes precedentes:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação civil pública. Anulação de cláusulas consideradas abusivas em contrato de promessa de compra e venda de imóvel. 1. Legitimidade ativa do Ministério Público Estadual. Reconhecimento. Precedentes. (...)

1. De fato, os arts. 81 e 82 da Lei n. 8.078/1990 conferem legitimidade ao Ministério Público para promover ação civil pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos do consumidor. Ainda que se trate de direito disponível, há legitimidade do órgão ministerial quando a defesa do consumidor de forma coletiva é expressão da defesa dos interesses sociais, nos termos do que dispõem os arts. 127 e 129 da Constituição Federal.

Precedentes desta Corte.

(...)

7. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1.508.585/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 25/05/2020, DJe 28/05/2020)

Ação civil pública. Recurso especial. Legitimidade do Ministério Público Estadual para ajuizar ação coletiva com o propósito de velar direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos de consumidores. Existência. Multa contratual estabelecida apenas em benefício da incorporadora. Imposição de estipulação da mesma cláusula penal em benefício do consumidor ou, para contratos pretéritos, irredutível utilização como parâmetro indenizatório.

Lesividade ao consumidor. Cláusula de tolerância de 180 dias para entrega de imóvel "na planta". Razoabilidade. Pretensão de que o Estado-Juiz imponha que se faça constar cláusula penal em contratos. Inviabilidade.

1. A ação civil pública vindicando o reconhecimento de abusividade de cláusula de contratos presentes e futuros da incorporadora aborda questão de relevante interesse social, por envolver contratos com preços vultosos, abrangendo muitas vezes todas as economias de famílias e, no caso específico de compra e venda de imóvel em relação de consumo, o próprio direito de moradia. No caso concreto, há: I) direitos individuais homogêneos referentes aos eventuais danos experimentados por aqueles que firmaram contrato; II) direitos coletivos resultantes da suposta ilegalidade em abstrato de cláusula contratual de tolerância, a qual atinge igualmente e de forma indivisível o grupo de contratantes atuais da ré; III) direitos difusos, relacionados aos consumidores futuros, coletividade essa formada por pessoas indeterminadas e indetermináveis.

2. Na linha da jurisprudência do STJ, o Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação civil pública com o propósito de velar direitos difusos, coletivos e, também, individuais homogêneos dos consumidores, ainda que disponíveis.

(...)

9. Recurso especial parcialmente provido, apenas para reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público Estadual.

(REsp 1.549.850/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/02/2020, DJe 19/05/2020)

Nessa linha de intelecção, foi editado pela Corte Especial do STJ o enunciado 601, o qual expressamente prevê: “*O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviço público*”.

Na hipótese ora em foco, inexistente dúvida quanto ao interesse jurídico tutelado decorrer de origem comum, por englobar assunto atinente a todos os consumidores de contrato de prestação de serviços e utilização do sistema de cartão de crédito pertencente à instituição financeira ora recorrente. Muito embora a tese de abusividade contratual possa gerar danos individuais, concretamente identificáveis em posterior liquidação, antecede essa discussão uma relação jurídica comum a todos os contratantes, estejam eles inseridos em ajustes de cartão de crédito finalizado, atualmente vigente ou futuro, que podem ou não vir a sofrer danos pela suposta prática abusiva identificada na presente ação.

Assim sendo, o caso se amolda ao conceito de interesses individuais homogêneos, previsto no inciso III, do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, pois abarca número determinado de pessoas, por uma origem comum e com um objeto determinado, revelando uma relação jurídica subjacente que une o respectivo grupo, questionada como causa de pedir.

Ademais, como cediço, em hipóteses como a ora em evidência, quando o interesse individual homogêneo possuir relevância social e transcender a esfera de interesses dos efetivos titulares da relação jurídica de consumo, tendo reflexos práticos em uma universalidade de potenciais consumidores que, de forma sistemática e reiterada, sejam afetados pela prática apontada como abusiva, a legitimidade ativa do Ministério Público estará caracterizada.

Importante frisar que a legitimação extraordinária do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos já foi, no passado, alvo de polêmica doutrinária, sendo certo que, hoje, não há mais qualquer dúvida acerca de sua legitimação, haja vista, inclusive, a presença do interesse social na defesa da tutela dos consumidores em questão, o que afasta a tese de ilegitimidade do *Parquet*.

3. Ainda assim, merece acolhida a irresignação da casa bancária quando aponta ausência de abusividade das cláusulas contratuais atinentes ao débito mínimo da fatura não adimplida na conta corrente do consumidor, bem como quanto ao modo de operação do estorno de valores pagos indevidamente.

Pois bem, a teor do quanto previsto no contrato de emissão e utilização do cartão de crédito, consoante cláusulas contratuais transcritas no relatório, em caso de não pagamento da fatura na data de seu vencimento ou cancelamento do cartão por inadimplemento, o titular autoriza o emissor a debitar em sua conta corrente o valor mínimo correspondente aos gastos por ele efetuados, caso haja saldo para tanto.

Em não havendo saldo, prevê, ainda, aludido pacto, a possibilidade do débito ser feito de forma parcelada, de acordo com o saldo existente na conta do titular, até que atinja o valor do débito mínimo, ou dos gastos totais.

Essa operação de débito direto do valor mínimo da fatura consiste em uma ferramenta apenas utilizada quando o cliente não realiza, esponte própria, o pagamento do montante devido no prazo contratual assinalado, sequer do valor mínimo expressamente acordado para manter o fluxo do contrato de cartão de crédito.

A prática do pagamento mínimo como opção do titular do cartão fora reconhecida como válida pelo Banco Central do Brasil, desde a edição da Resolução n. 3919/2010, art. 13, inciso V:

Art. 13. Os demonstrativos e/ou faturas mensais de cartão de crédito devem explicitar informações, no mínimo, a respeito dos seguintes aspectos:

I - limite de crédito total e limites individuais para cada tipo de operação de crédito passível de contratação;

II - gastos realizados com o cartão, por evento, inclusive quando parcelados;

III - identificação das operações de crédito contratadas e respectivos valores;

IV - valores relativos aos encargos cobrados, informados de forma segregada de acordo com os tipos de operações realizadas por meio do cartão;

V - valor dos encargos a ser cobrado no mês seguinte no caso de o cliente optar pelo pagamento mínimo da fatura; e

VI - Custo Efetivo Total (CET), para o próximo período, das operações de crédito passíveis de contratação.

A Circular 3.512, baixada pelo Banco Central do Brasil (BACEN) em 25/11/2010, que dispunha sobre o pagamento do valor mínimo da fatura de cartão de crédito e dava outras providências, estabelecia no artigo 1º e parágrafo único, que o valor mínimo da fatura de cartão de crédito a ser pago mensalmente não poderia ser inferior ao correspondente à aplicação, sobre o saldo total da

fatura, dos seguintes percentuais: 15%, a partir de 1º de junho de 2011; e 20%, com termo inicial em 1º de dezembro de 2011:

Art. 1º O valor mínimo da fatura de cartão de crédito a ser pago mensalmente não pode ser inferior ao correspondente à aplicação, sobre o saldo total da fatura, dos seguintes percentuais:

I - 15%, a partir de 1º de junho de 2011; e

II - 20%, a partir de 1º de dezembro de 2011.

Parágrafo único. As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil que emitam cartão de crédito devem divulgar aos seus clientes, a partir de 1º de março de 2011, o cronograma de pagamentos mínimos de que trata o caput.

Essa medida foi adotada visando a incentivar o uso racional do cartão de crédito pelos clientes, num contexto de elevadas taxas de juros da modalidade de crédito rotativo, contribuindo, assim, para a redução do endividamento das famílias.

Desde então, outras medidas foram aprovadas com o propósito de aprimorar as regras concernentes ao cartão de crédito, valendo citar a Resolução n. 4.549, de 26 de janeiro de 2017, que dispõe sobre o financiamento do saldo devedor da fatura de cartão de crédito e de demais instrumentos de pagamento pós-pagos, fixando prazo máximo de trinta dias para o financiamento do saldo devedor da fatura por meio da modalidade de crédito rotativo, e facultando, ainda, a contratação de linha de crédito para pagamento parcelado do saldo remanescente da fatura, desde que em condições mais vantajosas. O objetivo foi caracterizar o aludido crédito rotativo como uma linha de crédito de caráter eventual e emergencial, inadequada para ser utilizada como modalidade de financiamento de médio ou longo prazo.

Hodiernamente, não existe mais o pagamento mínimo obrigatório de determinado percentual do valor da fatura, mas, cada instituição financeira pode estabelecer com os consumidores o montante de adimplemento mínimo mensal, em função do risco da operação, do perfil do cliente ou do tipo de produto.

Conforme informação constante do sítio eletrônico do BACEN, disponível no endereço https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/perguntasfrequenterespostas/faq_cartao, acesso em 04/02/2021, para a pergunta constante do item 6 – “A instituição pode debitar em minha conta corrente valores relativos à fatura do cartão de crédito?”, o BACEN expressamente refere: “*Sim. Desde que*

você tenha, previamente, solicitado ou autorizado, por escrito ou por meio eletrônico, a realização do débito. A referida autorização pode ser ou ter sido concedida no próprio instrumento contratual de abertura de conta e poderá ser cancelada a seu pedido”.

Certamente, o pagamento mínimo previsto na modalidade contratual de cartão de crédito constitui uma mera liberalidade da operadora, que insere tal condição na contratualidade de maneira a conquistar e fidelizar o usuário, a fim de fortalecer o sistema de crédito na modalidade cartão.

A hipótese de débito do valor mínimo constitui uma das condições para que o recorrente conceda crédito aos titulares do cartão, possibilitando a estes últimos, o abatimento parcial do quanto devido e não adimplido. Trata-se, portanto, de uma espécie de garantia à continuidade do ajuste estabelecido entre as partes.

Com a facilidade do débito mínimo, condições vantajosas são experimentadas por ambas as partes da relação jurídica: a financeira mantém a continuidade e o fluxo do sistema e do serviço de cartão de crédito e garante o pagamento de parcela dos valores inadimplidos na data, sem a necessidade da realização de procedimentos executivos forçados; já o titular de cartão de crédito inadimplente mantém o saldo disponível do crédito do cartão para realizar outras despesas e realiza o pagamento parcial do débito com a amortização do quanto devido sem que ocorra o bloqueio da operação, deixando de se submeter às regras e encargos atinentes ao procedimento de execução forçada.

Inegavelmente, não há no ordenamento jurídico obrigação legal para a concessão de crédito sem garantia, nem mesmo vedação a tal prática, motivo esse que impede rotular como abusivo o débito de parcela mínima do total de gastos efetuados pelos titulares dos cartões de crédito.

Na mesma linha de intelecção, não é dado falar, tal como aduzido pelas instâncias ordinárias, que a operadora ao lançar mão do valor mínimo da fatura de consumo do cartão de crédito diretamente na conta corrente do titular esteja atuando em verdadeiro exercício arbitrário diante de suposto apoderamento de salário do devedor. Isso porque, não se trata de contratação com débito direto em conta salário, mas, sim, em conta corrente onde rubricas com as mais diversas origens são apresentadas. Ademais, a prática do pagamento mínimo, como visto, é legitimada pelo BACEN desde o ano de 2010 que, inclusive, naquela época, fez aumentar o percentual de retenção mínimo de 15 para 20% do valor total da fatura.

Portanto, não se reputa abusiva a cláusula inserta em contrato de cartão de crédito que autoriza a operadora/financeira a debitar na conta corrente do respectivo titular o pagamento do valor mínimo da fatura em caso de inadimplemento, porquanto tal ajuste não ofende o princípio da autonomia da vontade, que norteia a liberdade de contratar, tampouco possui o condão de violar o equilíbrio contratual ou a boa-fé, haja vista que tal proceder constitui mero expediente para facilitar a satisfação do crédito com a manutenção da contratualidade havida entre as partes.

Não se pode olvidar, nesse contexto, que eventual entendimento em sentido oposto, isto é, que reconhece a alegada irregularidade de tal garantia – repita-se – expressamente pactuada, acabaria por provocar, em evidente prejuízo dos consumidores e da própria atratividade do negócio, a majoração dos custos do crédito para todos, mesmo aos bons pagadores, a fim de cobrir os riscos de inadimplência inerentes à operação.

Esta Corte Superior já se manifestou em hipótese similar acerca da não abusividade de cláusula contratual que prevê autorização para o débito em conta corrente de valor afeto a saldo devedor:

Direito do Consumidor. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. Cláusula abusiva. Art. 51, IV, CDC. Não-caracterização. Recurso desacolhido.

I - Na linha da jurisprudência desta Corte, aplicam-se às instituições financeiras as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

II - Não é abusiva a cláusula inserida no contrato de empréstimo bancário que versa autorização para o banco debitar da conta-corrente ou resgatar de aplicação em nome do contratante ou coobrigado valor suficiente para quitar o saldo devedor, seja por não ofender o princípio da autonomia da vontade, que norteia a liberdade de contratar, seja por não atingir o equilíbrio contratual ou a boa-fé, uma vez que a cláusula se traduz em mero expediente para facilitar a satisfação do crédito, seja, ainda, por não revelar ônus para o consumidor.

III - Segundo o magistério de Caio Mário, “dizem-se [...] potestativas, quando a eventualidade decorre da vontade humana, que tem a faculdade de orientar-se em um ou outro sentido; a maior ou menor participação da vontade obriga distinguir a condição simplesmente potestativa daquela outra que se diz potestativa pura, que põe inteiramente ao arbítrio de uma das partes o próprio negócio jurídico”. [...] “É preciso não confundir: a ‘potestativa pura’ anula o ato, porque o deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes. O mesmo não ocorre com a condição ‘simplesmente potestativa’”.

(REsp 258.103/MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 20/03/2003, DJ 07/04/2003, p. 289) - grifo nosso

Do mesmo modo, em todas as hipóteses nas quais o titular do cartão contestar a fatura, se não realizado o pagamento no prazo, tendo sido expressamente contratado e devidamente informado ao consumidor a ocorrência do débito do valor mínimo diretamente na conta corrente, não há falar em abusividade.

Certamente, quando ocorre contestação de fatura, a operadora realiza criteriosa análise interna a fim de averiguar a procedência ou não da pretendida glosa e, verificado que de fato a despesa impugnada não é devida, o valor é automaticamente estornado na sua totalidade, inclusive o percentual do valor mínimo eventualmente debitado na conta corrente do titular do cartão.

Para tanto, o contrato prevê prazo razoável para a reclamação, e, se no interregno estipulado no ajuste, as despesas não são contestadas, é razoável que pelo menos o pagamento mínimo seja efetuado, pois existe a possibilidade de ressarcimento das despesas após a criteriosa análise da impugnação do titular, a qual, quando efetiva, repita-se, é prontamente atendida, estornando-se o respectivo valor ao titular do cartão.

Além disso, o fato da previsão que permite ao titular do cartão solicitar estorno de valores eventualmente debitados quando a fatura for paga após o vencimento, ou seja, quando realizado um pagamento parcial pelo titular e um débito mínimo pela financeira, mesmo nessa hipótese de parcial pagamento, também não há falar em abuso e/ou lesividade ao titular do cartão, pois em que pese o duplo pagamento parcial, o titular continua com pendência em relação à obrigação principal (valor da fatura).

4. Nessa conjuntura, inviável falar na necessidade de devolução (em dobro) das quantias até então descontadas pela financeira, haja vista que o montante debitado diretamente na conta corrente do titular do cartão a título de pagamento mínimo de fatura está expressamente autorizado por cláusulas contratuais adequadamente redigidas, essas que diversamente do precursionado pelas instâncias ordinárias, não redundam em constrangimento apto a denotar defeito na prestação do serviço, tampouco demonstram desprezo à vulnerabilidade do consumidor no mercado.

5. Por fim, inexistindo amparo à tese engendrada pelo *Parquet* acerca da abusividade no desconto diretamente na conta corrente do titular do cartão de crédito inadimplente do montante fixado a título de pagamento mínimo da fatura, não há falar em condenação da demandada nas custas e honorários advocatícios, pois não há nos autos comprovação de abuso de direito, tampouco

de má-fé, pelo contrário, frise-se, os descontos foram efetuados com a prévia autorização do cliente e o reconhecimento de validação do procedimento pelo Banco Central do Brasil e Conselho Monetário Nacional.

Ainda que assim não fosse, o entendimento do STJ acerca da questão é no sentido de que, “em favor da simetria, a previsão do art. 18 da Lei 7.347/1985 deve ser interpretada também em favor do requerido em ação civil pública. Assim, a impossibilidade de condenação do Ministério Público ou da União em honorários advocatícios - salvo comprovada má-fé - impede serem beneficiados quando vencedores na ação civil pública”. (AgInt no AREsp 996.192/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 30/8/2017).

No mesmo sentido: AgInt no REsp 1.531.504/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21/9/2016; AgInt no REsp 1.127.319/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 18/8/2017; AgInt no REsp 1.435.350/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 31/8/2016; REsp 1.374.541/RJ, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 16/8/2017; AgInt no REsp 1.600.165/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017; REsp 1.438.815/RN, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 22/11/2016, DJe 1º/12/2016; REsp 1.362.084/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/5/2017, DJe 1º/8/2017; EAREsp 962.250/SP, Rel. Ministro OG Fernandes, Corte Especial, julgado em 15/08/2018, DJe 21/08/2018.

6. Do exposto, ultrapassadas as preliminares, é de se dar parcial provimento ao recurso especial para reformar o acórdão recorrido e a sentença, julgando improcedentes os pedidos formulados na exordial.

Ausente a condenação da parte autora em custas e honorários advocatícios.
É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.819.075-RS (2019/0060633-3)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão
Relator para o acórdão: Ministro Raul Araújo

Recorrente: Monica Dutczak
Recorrente: Gyan Celah dos Santos
Advogado: César Augusto Boeira da Silva e outro(s) - RS047002
Assistente: Airbnb Ireland UC
Advogados: André Macedo de Oliveira - DF015014
Felipe Guimarães - RJ153005
Pedro Oliveira da Costa - DF033652
Felipe Evaristo dos Santos Galea - DF042847
Maria Beatriz de Miranda Toledo - SP400827A
Beatriz Alvares Romero - SP425101
Vitor Augusto José Butruce - DF056670
Recorrido: Condomínio Edifício Coorigha
Advogados: Alexandre D'ávila - RS028450
Lucas da Silva Teixeira - RS100337

EMENTA

Direito Civil. Recurso especial. Condomínio edilício residencial. Ação de obrigação de não fazer. Locação fracionada de imóvel para pessoas sem vínculo entre si, por curtos períodos. Contratações concomitantes, independentes e informais, por prazos variados. Oferta por meio de plataformas digitais especializadas diversas. Hospedagem atípica. Uso não residencial da unidade condominial. Alta rotatividade, com potencial ameaça à segurança, ao sossego e à saúde dos condôminos. Contrariedade à Convenção de Condomínio que prevê destinação residencial. Recurso improvido.

1. Os conceitos de domicílio e residência (CC/2002, arts. 70 a 78), centrados na ideia de permanência e habitualidade, não se coadunam com as características de transitoriedade, eventualidade e temporariedade efêmera, presentes na hospedagem, particularmente naqueles moldes anunciados por meio de plataformas digitais de hospedagem.

2. Na hipótese, tem-se um contrato atípico de hospedagem, que se equipara à nova modalidade surgida nos dias atuais, marcados pelos fluxos da avançada tecnologia e pelas facilidades de comunicação

e acesso proporcionadas pela rede mundial da *internet*, e que se vem tornando bastante popular, de um lado, como forma de incremento ou complementação de renda de senhorios, e, de outro, de obtenção, por viajantes e outros interessados, de acolhida e abrigo de reduzido custo.

3. Trata-se de modalidade singela e inovadora de hospedagem de pessoas, sem vínculo entre si, em ambientes físicos de estrutura típica residencial familiar, exercida sem inerente profissionalismo por aquele que atua na produção desse serviço para os interessados, sendo a atividade comumente anunciada por meio de plataformas digitais variadas. As ofertas são feitas por proprietários ou possuidores de imóveis de padrão residencial, dotados de espaços ociosos, aptos ou adaptados para acomodar, com certa privacidade e limitado conforto, o interessado, atendendo, geralmente, à demanda de pessoas menos exigentes, como jovens estudantes ou viajantes, estes por motivação turística ou laboral, atraídos pelos baixos preços cobrados.

4. Embora aparentemente lícita, essa peculiar recente forma de hospedagem não encontra, ainda, clara definição doutrinária, nem tem legislação reguladora no Brasil, e, registre-se, não se confunde com aquelas espécies tradicionais de locação, regidas pela Lei 8.245/91, nem mesmo com aquela menos antiga, genericamente denominada de aluguel por temporada (art. 48 da Lei de Locações).

5. Diferentemente do caso sob exame, a locação por temporada não prevê aluguel informal e fracionado de quartos existentes num imóvel para hospedagem de distintas pessoas estranhas entre si, mas sim a locação plena e formalizada de imóvel adequado a servir de residência temporária para determinado locatário e, por óbvio, seus familiares ou amigos, por prazo não superior a noventa dias.

6. Tampouco a nova modalidade de hospedagem se enquadra dentre os usuais tipos de hospedagem ofertados, de modo formal e profissionalizado, por hotéis, pousadas, hospedarias, motéis e outros estabelecimentos da rede tradicional provisora de alojamento, conforto e variados serviços à clientela, regida pela Lei 11.771/2008.

7. O direito de o proprietário condômino usar, gozar e dispor livremente do seu bem imóvel, nos termos dos arts. 1.228 e 1.335 do Código Civil de 2002 e 19 da Lei 4.591/64, deve harmonizar-se com os direitos relativos à segurança, ao sossego e à saúde das demais

múltiplas propriedades abrangidas no Condomínio, de acordo com as razoáveis limitações aprovadas pela maioria de condôminos, pois são limitações concernentes à natureza da propriedade privada em regime de condomínio edilício.

8. O Código Civil, em seus arts. 1.333 e 1.334, concede autonomia e força normativa à convenção de condomínio regularmente aprovada e registrada no Cartório de Registro de Imóveis competente. Portanto, existindo na Convenção de Condomínio regra impondo destinação residencial, mostra-se indevido o uso de unidades particulares que, por sua natureza, implique o desvirtuamento daquela finalidade (CC/2002, arts. 1.332, III, e 1.336, IV).

9. Não obstante, ressalva-se a possibilidade de os próprios condôminos de um condomínio edilício de fim residencial deliberarem em assembleia, por maioria qualificada (de *dois terços das frações ideais*), permitir a utilização das unidades condominiais para fins de hospedagem atípica, por intermédio de plataformas digitais ou outra modalidade de oferta, ampliando o uso para além do estritamente residencial e, posteriormente, querendo, incorporarem essa modificação à Convenção do Condomínio.

10. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Após o voto-vista do Ministro Raul Araújo negando provimento ao recurso especial, divergindo do relator, e os votos da Ministra Maria Isabel Gallotti e do Ministro Antonio Carlos Ferreira acompanhando a divergência, a Quarta Turma, por maioria, decide negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto divergente do Ministro Raul Araújo. Vencido o relator. Votaram com o Sr. Ministro Raul Araújo a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti e o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi (Presidente).

Brasília (DF), 20 de abril de 2021 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. O Condomínio do Edifício Coorigha, situado à Avenida Carlos Gomes, 531-549, na cidade de Porto Alegre – RS, ajuizou ação cominatória em face de Mônica Dutczak e seu filho, Gyan Celah dos Santos, proprietários de duas unidades no prédio, objetivando a cessação da locação e serviços de hospedagem que realizavam. Segundo narrado, a atividade de disponibilização dos imóveis a terceiros é feita mediante pagamento e, por curto prazo, por meio de anúncio na rede mundial de computadores, incluindo a plataforma Airbnb. Como fundamento central, alega o Condomínio infringência à convenção decorrente da “*alteração da destinação residencial do edifício para comercial*” (fls. 01-07).

O pedido cominatório foi acolhido pelo Juízo de primeiro grau (fls. 481-492), o qual consignou que as atividades desenvolvidas pelos recorrentes não se amoldam ao contrato típico de locação, seja na modalidade residencial (artigo 47 da Lei n. 8.245/91), seja na modalidade por temporada (art. 48 do mesmo estatuto normativo), em razão do prazo máximo estabelecido para a locação por temporada (90 dias) e da disponibilização de serviços pela proprietária aos ocupantes do imóvel – serviços que não estão incluídos no rol dos direitos e deveres de locador e locatário (arts. 22 a 26 da Lei n. 8.245/91). Por oportuno, destacou o juízo sentenciante, ainda, que a abstenção imposta aos proprietários “*não atinge o direito de disposição do patrimônio da parte ré à locação disciplinada pela Lei 8.245/91, dentro dos parâmetros ali estabelecidos*”.

A sentença foi mantida pelo TJRS, que confirmou a proibição do exercício das atividades realizadas pelos recorridos.

A seguir a ementa do acórdão combatido:

Apelação cível. Condomínio. Ação de obrigação de não fazer. Abstenção de realizar atividade comercial de hospedagem no condomínio. *A ausência de vinculação entre os inquilinos, a reforma do apartamento no sentido criar novos quartos e acomodar mais pessoas, a alta rotatividade de pessoas e o fornecimento de serviços é suficiente para caracterizar contrato de hospedagem.* No caso concreto, caracterizado o contrato de hospedagem, atividade comercial proibida pela convenção condominial, impõe-se a manutenção da sentença de procedência do pedido cominatório formulado pelo condomínio, ficando vedado aos réus exercerem o referido comércio. *Apelação desprovida.*

Irresignados, os proprietários réus interpuseram recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição da República, sob a alegação

de ofensa aos arts. 47 e 48 da Lei n. 8.245/91, art. 1.335, I, do CC e art. 19 da Lei n. 4.591/64.

Alegam, em síntese, a inviabilidade do decreto de procedência da ação ajuizada pelo Condomínio, considerando a inexistência de afronta à convenção condominial. Com efeito, sustenta a recorrente a observância estrita às normas de convenção, ainda que relativa a “*locações de dormitórios de um mesmo imóvel*” ou “*locações por temporada, em períodos curtos, com alguma rotatividade maior de inquilinos*”.

Em tal contexto, conclui que a manutenção da procedência do pleito proposto pelo condomínio recorrido viola os dispositivos legais supracitados, notadamente “*o direito de propriedade dos recorrentes de usar, fruir e livremente dispor de seus apartamentos, locando-os para fins residenciais ou por temporada*”.

Não foram apresentadas contrarrazões ao recurso (fl. 595).

O recurso especial recebeu crivo negativo de admissibilidade na origem (fls. 597-616), provido o respectivo agravo interposto (fls. 621-634) para determinar a sua conversão em especial (fls. 645/646).

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. De início, cumpre referir que *Airbnb Ireland UC* requer o ingresso nos autos, na qualidade de assistente simples dos recorrentes (fls. 652-870). Em síntese, fundamenta o pedido em razão do debate sobre a qualificação jurídica da relação contratual havida entre os recorrentes e pessoas que residem temporariamente em um dos imóveis, relação formada mediante plataformas como o Airbnb, que, embora não seja parte deste processo, não se pode negar que faz parte do roteiro do presente litígio. Expõe o interesse jurídico nos seguintes termos (fl. 655):

11. O interesse do Airbnb de auxiliar os Recorrentes na qualidade de assistente simples deriva do enquadramento fático e jurídico que as instâncias ordinárias conferiram à demanda: (a) os Recorrentes anunciam o aluguel por temporada de um de seus imóveis mediante a plataforma Airbnb e (b) o objeto desse recurso envolve a qualificação jurídica de contratos que os Recorrentes celebram com seus locatários mediante a plataforma.

Acerca da questão, é sabido que a interferência processual de terceiro se justifica, além da economia processual, na potencialidade de os efeitos da sentença refletirem sobre relações que, embora não deduzidas no processo, dependam do resultado favorável do litígio em prol de um dos litigantes.

Deveras, o assistente ingressa espontaneamente em lide alheia porque possui *interesse jurídico* em que a solução favoreça a posição jurídica da parte assistida, embora a relação parte-terceiro não seja objeto de discussão no processo. Noutras palavras, pressupõe um vínculo jurídico entre uma das partes e o assistente, não se admitido o interesse moral econômico ou de qualquer outra natureza (NEVES, Daniel Amorim. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 412).

No atinente ao interesse jurídico apto à configuração da assistência simples, na forma do que prevê o art. 119 do CPC/15, Nelson Nery Junior assim delimita a questão:

4. Interesse jurídico. Somente pode intervir como assistente o terceiro que tiver interesse jurídico em que uma das partes vença a ação. Há interesse jurídico do terceiro quando a relação jurídica da qual seja titular possa ser reflexamente atingida pela sentença que vier a ser proferida entre assistido e parte contrária. Não há necessidade que o terceiro tenha, efetivamente, relação jurídica com o assistido, ainda que isto ocorra na maioria dos casos. Por exemplo, há interesse jurídico do sublocatário em ação de despejo contra o locatário. [...]

(Código de Processo Civil Comentado/Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, pp.638)

Quanto ao ponto, a jurisprudência:

Agravo interno. Agravo em recurso especial. Ação coletiva. Abusividade de cláusulas de contrato de licenciamento de tecnologia. Intervenção de terceiros. Interesses convergentes. Assistência. Admissão. Aplicação da Súmula 83/STJ.

1. Identificada a existência de interesses jurídicos relacionados ao objeto da lide, cabível a intervenção do terceiro na condição de assistente da autora.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt nos EDcl no AREsp 804.528/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 09/10/2018, DJe 23/10/2018)

Processual Civil. Embargos de declaração nos embargos de declaração no recurso especial. Pedido de ingresso na lide como terceiro prejudicado. Figura

processual da assistência litisconsorcial. Art. 119, parágrafo único, do CPC/2015. Ausência de interesse propriamente jurídico. Interesse econômico. Descabimento. Indeferimento. Embargos de declaração prejudicados.

1. A orientação desta Corte Superior é firme no sentido de que a lei processual admite o ingresso de terceiro na condição de assistente simples ou litisconsorcial apenas quando demonstrado seu interesse jurídico na solução da controvérsia. E tal situação se verifica, em concreto, quando existente uma relação jurídica integrada pelo assistente que será diretamente atingida pelo provimento jurisdicional, não bastando o mero interesse econômico, moral ou corporativo.

2. Nesse particular, a redação do art. 119 do CPC/2015 não alterou, em essência, o regime jurídico processual anterior, até porque continua a exigir que a admissão da assistência simples ou litisconsorcial somente pode ocorrer quanto houver “terceiro juridicamente interessado”.

(...)

5. Embargos de declaração prejudicados.

(EDcl nos EDcl no REsp 1.338.942/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 22/08/2018, DJe 28/08/2018)

Ainda no que respeita ao *interesse jurídico*, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em recente julgamento, muito bem pontuou que “a jurisprudência desta Corte fixou a tese, em mais de uma oportunidade, que ‘o interesse jurídico que permite a assistência (art. 50 do CPC) surge quando o resultado do processo pode afetar a existência ou inexistência de algum direito ou obrigação daquele que pretende intervir como assistente’, ressaltando-se, contudo, que pode ‘haver casos em que esse interesse jurídico vem acompanhado de alguma repercussão econômica, mas essa circunstância não terá, necessariamente, o condão de desnaturá-lo’” (REsp n. 1.798.937/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 15/08/2019).

Na oportunidade, esclareceu o voto condutor, de relatoria da eminente Ministra Nancy Andrighi:

Em caráter preliminar, é correto concluir, pois, que o *interesse jurídico que justifica a intervenção do terceiro como assistente simples decorre do simples fato de ser possível, em tese, que do processo de que não participou resulte decisão que possa afetar a existência de um direito próprio de que é titular, admitindo-se, inclusive, a existência de repercussões econômicas como decorrência do interesse jurídico*.

Assim, embora realmente inexistir a figura do “*interesse econômico com reflexo jurídico*” a que se referiu o acórdão recorrido, há, todavia, a figura do “*interesse jurídico com reflexo econômico*”, amplamente reconhecida pela jurisprudência

desta Corte, devendo ser examinado se a hipótese em exame se enquadra ou não nessa categoria.

Confira-se a ementa do acórdão:

Civil. Processual Civil. Ação revisional de contrato bancário. Liquidação de sentença pelo procedimento comum. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Questões suscitadas que foram examinadas. Interesse jurídico e interesse econômico. Conceitos individualizáveis. Interesse jurídico que pressupõe o risco de o processo afetar a existência ou inexistência de direito ou obrigação de quem pretende intervir. Repercussão econômica. Possibilidade. Fase de liquidação de sentença pelo procedimento comum em que se exerce atividade cognitiva complementar que admite, em tese, a extinção do direito aos honorários contratuais de êxito na hipótese de liquidação zero. Interesse jurídico do advogado destituído presente. Decisão interlocutória que reserva honorários contratuais em liquidação de sentença. Recorribilidade imediata. Possibilidade. Art. 1.015, parágrafo único, do CPC/2015. Reexame da questão relacionada ao destacamento de honorários destituído. Legitimidade do assistido, mas não do adversário do assistido. Reserva dos honorários no bojo do processo em que atuou. Admissibilidade quando ausente litígio com o ex-cliente, dúvida sobre valor ou risco de tumulto ou formação de lide paralela. Ausência de prova. Dissenso jurisprudencial. Dessemelhança fática entre o acórdão recorrido e os paradigmas.

[...]

4 - A exata conceituação do interesse jurídico e a sua adequada distanciação do conceito de interesse econômico são questões de acentuada complexidade, pois é difícil estabelecer essa distinção em circunstâncias limítrofes e nas quais as diferenças entre o interesse jurídico e o interesse econômico, embora sabidamente existentes, sejam muito tênues, adotando essa Corte a tese de que o interesse jurídico que permite a assistência surge quando o resultado do processo pode afetar a existência ou inexistência de algum direito ou obrigação daquele que pretende intervir como assistente, sem prejuízo de o interesse jurídico vir acompanhado repercussões econômicas que não possuam o condão de desnaturá-lo. Precedentes.

[...]

10 - Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido.

(REsp 1.798.937/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/08/2019, DJe 15/08/2019)

No caso em análise, sobressai evidente, a meu ver, o interesse jurídico da petionária em assistir a recorrente, uma vez que as interações jurídicas, tal qual o objeto deste recurso, realizam-se pela plataforma de sua titularidade, sendo

instintivo concluir que o posicionamento tomado por esta egrégia Turma acerca do tema repercutirá em outras centenas ou milhares de relações viabilizadas por essa modalidade na internet.

Nesses termos, defiro a participação do requerente como assistente simples, que recebe o processo no estado em que se encontra, nos termos do parágrafo único do art. 119 do CPC/2015.

3. No mérito, a questão dos autos está em definir se a disponibilização de imóveis a terceiros mediante contraprestação pecuniária, por curto período e envolvendo plataformas virtuais, pode ser considerada como atividade comercial passível de restrição imposta por condomínio residencial.

As instâncias ordinárias afastaram a existência de relação locatícia nos moldes da Lei n. 8.245/91, entendendo que os proprietários recorrentes conferiram efetivamente destinação “comercial” às unidades imobiliárias, mediante a celebração de contratos atípicos “de hospedagem”, em afronta à convenção. O Tribunal de origem manteve o entendimento exarado pelo Juízo de primeiro grau, sob o argumento de que “*a caracterização de relação capaz de configurar contrato de hospedagem afasta a aplicabilidade da Lei de Locação (Lei 8.145/91)*”.

A propósito, assim se manifestou o Tribunal gaúcho (fls. 540-558):

[...]

Embora peculiar a situação narrada nos autos, o importante para a solução da lide é que a própria demandada *Mônica* reconhece ter utilizado as unidades condominiais de que é proprietária como se um “hostel” fosse.

Ademais, admitiu fornecer serviço de lavanderia - lavava as roupas em sua residência e entregava posteriormente -, sendo que também efetivou modificações estruturais no apartamento (fl. 61 e 64) para poder alojar um número maior de pessoas, além de disponibilizar serviço de conexão à internet como forma de “agregar valor” a sua atividade.

Note-se que não há vinculação entre os “clientes” dos réus.

Ora, a ausência de vinculação entre os “clientes”, a reforma do apartamento no sentido criar novos quartos e acomodar mais pessoas e o fornecimento de serviços é suficiente para caracterizar contrato de hospedagem, afastando a incidência de contrato de locação.

Não bastasse, a alta rotatividade de pessoas também é indício da alegada hospedagem, o que não é permitido pela convenção do condomínio.

Aliás, ainda que não haja qualquer ilícito em lucrar com a unidade condominial - vide a possibilidade da celebração de contrato de locação - o fato de a demandada ter conseguido adquirir em curto espaço de tempo mais um apartamento, o qual também foi destinado à mesma atividade, apenas reforça a tese de que a ré estaria realizando uma exploração comercial.

Relevante também o fato de que a questão foi abordada anteriormente em assembleias do condomínio (fls. 10-12 e 68), nas quais resta evidenciada a discordância dos demais condôminos com a espécie de negócio realizada pela demandada nas unidades condominiais de que é proprietária.

E, no cotejo entre os interesses individuais da parte-ré e o dos condôminos, deve prevalecer o interesse da coletividade, sobretudo no caso, em que, restou evidenciado desconforto com a situação narrada nos autos.

Ademais, inviável a destinação comercial de imóvel, cuja natureza deve ser apenas residencial, nos termos da convenção (art. 4Q - fl. 14).

Note-se que não se está negando à demandada a livre disposição de suas unidades, art. 1.335 do CC e art. 19 da Lei Federal 4.591/64, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.

Porém, não há como ignorar que a disponibilização temporária e onerosa das unidades para terceiros, da forma como vinha sendo feita pela demandante - com o fornecimento de serviços e alta rotatividade de pessoas - é capaz de configurar a existência de contrato atípico de hospedagem, e não um contrato de locação, ainda que por temporada.

Tal circunstância, repita-se, implica afronta à norma do condomínio quanto à destinação exclusivamente residencial das unidades.

Não bastasse, a parte demandada sequer traz aos autos os alegados contrato de locação por temporada que estaria realizando com terceiros, prova de fácil produção e que poderia eventualmente levar ao acolhimento da tese defensiva.

Saliento ainda que o Juiz de Direito prolator da sentença teve o cuidado de julgar procedente o pedido com a ressalva de que é plenamente possível à ré efetivar a locação de suas unidades, desde que observado o fim estritamente residencial, isto é, sem a configuração de atividade comercial.

[...]

Por fim, saliento apenas que a fundamentação deduzida na apelação no sentido de insurgir contra deliberações em assembleias realizadas (fl. 331) não pode ser conhecida, tratando-se de inovação recursal inadmissível.

Nesse passo, para a exata compreensão do litígio, é mister referir como incontroverso nos autos que as atividades desenvolvidas pelos recorrentes, Mônica Dutczak e seu filho, Gyan Celah dos Santos, tiveram início ainda no

ano de 2011, mediante a disponibilização de dormitórios da unidade em que inicialmente residia a autora, como solução imediata para resolver problemas financeiros da família, “para pagar dívidas”.

A sentença, no ponto, anotou (fls. 481/492):

[...]

*“Aí me vi apertada, até que um, ‘porteiro, o seu Neto, que já não trabalha mais lá, me disse ‘tem um casal procurando um apartamento, e aí eu disse, ‘o apartamento não está pronto, e ele disse ‘mostra, não custa’.[...] E a gente virou muito amigo, ele viu a minha luta, inclusive quando ele viajou, não lembro mais pra onde ele foi, se pra Itália ou pra França, ele disse ‘tu não te esquece de botar o azulejo assim, e viu a minha luta, e tinha uma amiga da ex-namorada dele que também estava procurando um lugar pra alugar e ela acabou vindo pra lá, e disse assim pra mim: ‘Porque tu não aluga, não anuncia na PUC, porque ela trabalhava na PUC, e aí veio o primeiro francês e viram a **minha luta desenfreada pra tentar pagar aquele monte de dívida que estava acontecendo** e eles ‘porque tu não anuncia na PUC, aí eles mesmo fizeram a instalação da Internet, até a senha foi a guria que fez lá, e o tal francês esse primeiro que veio disse pra mim ‘liga para um hostel, e pediu para falar com alguém que falasse francês, e eles **me deram a ideia de dividir a sala, que era bem ampla, com uma divisória de escritório**, até porque eu ria, queria muito fazer isso, era uma coisa provisória pra tentar saldar dívida [...]”*

São também incontroversos os seguintes fatos: i) a disponibilização das respectivas unidades a terceiros para ocupação, por períodos variáveis, incluindo períodos “inferiores a doze meses”; ii) a contraprestação pecuniária (não necessariamente pelo sistema de “diárias”); iii) a intermediação das unidades por meio de anúncio na plataforma Airbnb; iv) a oferta de serviços aos ocupantes, como “*lavanderia e ‘internet’*”, de maneira circunstancial, não principal.

4. Diante desse cenário, penso que a solução do caso passa, portanto, pela análise primeira acerca de *eventual destinação comercial conferida aos imóveis pelos proprietários*.

O acórdão, conforme descrito, considerou a existência de “contrato atípico de hospedagem”, tendo em vista: i) “a ausência de vinculação entre os ‘clientes’; ii) a reforma do apartamento no sentido de criar novos quartos e acomodar mais pessoas e o fornecimento de serviços; iii) a alta rotatividade de pessoas; e iv) “o fato de a demandada ter conseguido adquirir em curto espaço de tempo mais um apartamento, o qual também foi destinado à mesma atividade, apenas reforça a tese de que a ré estaria realizando uma exploração comercial”.

Sobre o contrato de hospedagem, a Lei n. 11.771/2008, que estabelece normas sobre a Política Nacional de Turismo, contempla a modalidade de hospedagem para turismo com a seguinte previsão, no que interessa:

Art. 23. Consideram-se meios de hospedagem os empreendimentos ou estabelecimentos, independentemente de sua forma de constituição, destinados a prestar serviços de alojamento temporário, ofertados em unidades de frequência individual e de uso exclusivo do hóspede, bem como outros serviços necessários aos usuários, denominados de serviços de hospedagem, mediante adoção de instrumento contratual, tácito ou expresso, e cobrança de diária.

[...]

3º Não descaracteriza a prestação de serviços de hospedagem a divisão do empreendimento em unidades hoteleiras, assim entendida a atribuição de natureza jurídica autônoma às unidades habitacionais que o compõem, sob titularidade de diversas pessoas, desde que sua destinação funcional seja apenas e exclusivamente a de meio de hospedagem.

4º Entende-se por diária o preço de hospedagem correspondente à utilização da unidade habitacional e dos serviços incluídos, no período de 24 (vinte e quatro) horas, compreendido nos horários fixados para entrada e saída de hóspedes.

Também a jurisprudência desta Corte delimita, de maneira clara e objetiva, o contrato de hospedagem, com destaque para o caráter preponderante de prestação de serviços (“*complexo de prestações*”).

Note-se:

Recurso especial. Consumidor. Ação coletiva de consumo. *Contrato de hospedagem*. Função social do contrato. Boa-fé objetiva. Período da diária. Art. 23, § 4º, da Lei 11.771/08. *Complexo de prestações*. Interesses dos consumidores e dos fornecedores. Compatibilização. Art. 4º, *caput*, e inciso III, do CDC. Precedente da 3ª Turma.

1. Ação coletiva de consumo, por meio da se questionam os valores das diárias do serviço de hotelaria, que deveriam ter como parâmetro a duração de 24 (vinte e quatro) horas, de acordo com a previsão do art. 23, § 4º, da Lei 11.771/2008.

2. Recursos especiais interpostos em: 25/05/2016 e 19/10/2016; conclusão ao Gabinete em: 18/04/2018; aplicação do CPC/15

3. O propósito recursal consiste em determinar se a previsão do art. 23, § 4º, da Lei 11.771/08 impõe aos serviços de hotelaria a obrigação de permitir aos hóspedes o acesso aos quartos e espaços de repouso individual pelo prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

4. A função social do contrato define os limites internos do direito de contratar e, por conseguinte, a proteção jurídica das justas expectativas das partes contratantes no momento da celebração do acordo de vontades.

5. O *caput* e o inciso III do art. 4º do CDC acrescentam densidade normativa à função social do contrato, ressaltando que um dos objetivos das relações de consumo é compatibilizar a proteção do consumidor com o desenvolvimento econômico e tecnológico.

6. *O contrato de hospedagem encerra múltiplas prestações devidas pelo fornecedor hospedeiro ao consumidor hóspede, sendo o acesso às unidades de repouso individual, apesar de principal, apenas uma parcela do complexo de serviços envolvido em referido acordo de vontades.*

[...]

8. *Os serviços abrangidos pelo contrato de hospedagem devem ser oferecidos aos consumidores pelo prazo de 24 horas, entre os quais se inserem os de limpeza e organização do espaço de repouso, razão pela qual a garantia de acesso aos quartos pelo período integral da diária não é razoável nem proporcional.*

9. Recurso especial de *HM Hotéis e Turismo S A* provido. Recurso especial da *Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor* prejudicado.

(REsp 1.734.750/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 09/04/2019, DJe 12/04/2019)

É bem de ver, portanto, que o contrato de hospedagem, a teor da previsão legal e do entendimento jurisprudencial sobre o tema, compreende a *prestação de múltiplos serviços*, sendo essa a tônica do contrato.

É contrato em que a prestação de serviços constitui elemento inerente à sua configuração, a exemplo dos serviços de portaria, segurança, limpeza, arrumação dos cômodos, entre outros, excluindo, ainda, qualquer utilização para fins residenciais.

Nesse sentido, penso não ser possível categorizar a atividade realizada pelos proprietários recorrentes como comercial, igualando-a àquelas realizadas por estabelecimentos dotados da estrutura para o fornecimento dos serviços inerentes à hospedagem, nos estritos limites da lei.

Isso porque, para além das importantes questões formais previstas na legislação (por exemplo, adequação ao Plano Diretor do Município e recolhimento dos tributos devidos em caso de atividade empresarial), com vinculação da atividade a “*empreendimento ou estabelecimentos*”, no caso ora em exame, os proprietários, pessoas naturais, disponibilizam quartos de uma mesma

unidade, ora compartilhando a moradia, ora oferecendo a unidade inteira, mas sempre voltados à finalidade residencial, ainda que temporária.

Por sua vez, a apontada prestação de serviços, a exemplo de lavagem de roupas, revelou-se atividade circunstancial, não essencial, em nada se assemelhando, portanto, ao *plexo de serviços* exigidos à caracterização da hospedagem.

Em tal contexto, os fundamentos invocados pelo acórdão recorrido, em sua literalidade, não se revelam aptos à caracterização estrita do contrato de hospedagem.

Tais elementos e circunstâncias, é verdade, podem estar presentes em um contrato de locação, inclusive na locação por temporada, sem que isso descaracterize o instituto, nos termos da lei de regência.

Verifique-se o regramento da Lei n. 8.245/91:

Art. 48. Considera-se locação para temporada aquela destinada à residência temporária do locatário, para prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras em seu imóvel, e outros fatos que decorrem tão-somente de determinado tempo, e contratada por prazo não superior a noventa dias, esteja ou não mobiliado o imóvel.

Parágrafo único. No caso de a locação envolver imóvel mobiliado, constará do contrato, obrigatoriamente, a descrição dos móveis e utensílios que o guarnecem, bem como o estado em que se encontram.

Art. 49. O locador poderá receber de uma só vez e antecipadamente os aluguéis e encargos, bem como exigir qualquer das modalidades de garantia previstas no art. 37 para atender as demais obrigações do contrato.

Art. 50. Findo o prazo ajustado, se o locatário permanecer no imóvel sem oposição do locador por mais de trinta dias, presumir-se-á prorrogada a locação por tempo indeterminado, não mais sendo exigível o pagamento antecipado do aluguel e dos encargos.

Assim, a alegação de alta rotatividade de pessoas no imóvel, de ausência de vínculo entre os ocupantes e do suposto incremento patrimonial dos proprietários, no caso em exame, não demonstrada por provas adequadas, não serve, a meu sentir, à configuração de atividade de exploração comercial dos imóveis, sob pena de desvirtuar a própria classificação legal da atividade, pressupondo a atividade de empresário.

5. Nessa ordem de ideias, cumpre analisar se a natureza da atividade desenvolvida pelos recorrentes, considerando a intermediação das unidades

por plataformas virtuais, pode ser enquadrada em uma das formas contratuais existentes no ordenamento jurídico vigente.

Afastada, portanto, a atividade comercial pelos proprietários recorrentes, faz-se necessário perquirir se as atividades desenvolvidas podem ser classificadas como de locação e, nessa hipótese, se há possibilidade da imposição de limitações pela convenção.

Por certo, o aluguel de imóveis envolvendo contratos de curta temporada ou referente a partes do imóvel (cômodos), em que não se evidencia o vínculo entre os ocupantes, até mesmo associado a prestação de serviços eventuais, sempre existiu.

Na verdade, questão nova trazida a debate é, por assim dizer, a potencialização do aluguel por curto ou “curtíssimo” prazo envolvendo, muitas vezes, uma única diária, decorrente da transformação econômica proporcionada pelo uso da internet, por meio de plataformas virtuais, capazes de promover a interligação entre pessoas – no caso, proprietário do imóvel e o pretendente à locação deste.

Desse modo, sobressai o incremento da realização de negócios entre as partes - que se vinculam por meio de plataformas digitais -, a evidenciar o contato quase que instantâneo entre os interessados na celebração do negócio.

Tais atividades estão inseridas na hoje denominada “*economia de compartilhamento*”. Como exemplo, vale citar, entre diversas outras, as plataformas de intermediação de serviços Airbnb, Booking, HomeAway e Uber.

Acerca do tema, os autores Carlos Affonso Pereira de Souza e Ronaldo Lemos, no artigo “Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança”, apresentam os principais delineamentos da matéria:

A chamada *economia do compartilhamento* constitui o que diversos autores caracterizam como uma *nova etapa no processo de desenvolvimento econômico*, simbolizado pela superação da lógica de consumo em massa e visando ao acúmulo de bens, típica do final do último século, por um momento em que o mercado, já saturado por crises financeiras e pautado por necessidades ligadas à sustentabilidade e ao uso racional dos bens, passa a privilegiar novas formas de acesso a bens e a serviços. Em última instância, *a economia do compartilhamento está baseada no uso de tecnologia da informação em prol da otimização do uso de recursos através de sua redistribuição, compartilhamento e aproveitamento de suas capacidades excedentes.*

Ricardo Abramovay lembra que a economia do compartilhamento horizontaliza as relações humanas, “descentraliza os instrumentos de produção e troca, abre caminhos para a cooperação direta ente indivíduos (conhecidas como peer to peer ou P2P) e empresas (business to business ou B2B) e contesta o uso indiscriminado dos direitos autorais como base da inovação”. Para o autor, as três principais transformações teóricas que a junção da lógica do compartilhamento com as mídias digitais possibilitam são (i) a *descentralização* das atividades impulsionadas pela rede; (ii) a redução dos *custos de transação*; e (iii) a emergência de uma *economia da atração* pautada na confiança existente em relações interpessoais. (SOUZA, Carlos Affonso Pereira de Souza e LEMOS, Ronaldo, in Revista de Direito da Cidade, vol. 08, n. 4. ISSN 2317-7721 pp. 1.757- 1.777)

De fato, o Poder Judiciário tem sido instado a se manifestar sobre o tema relativo à economia de compartilhamento com cada vez mais frequência.

Em recentíssimo julgamento, *RE n. 1.054.110/SP*, de relatoria do eminente Ministro Roberto Barroso, a Suprema Corte posicionou-se sobre as atividades que se enquadram na denominada *economia de compartilhamento*, envolvendo a atividade exercida pela *startup* Uber.

Pela lucidez dos apontamentos do preclaro relator, utilizados como fundamentos de sua decisão, que, a meu ver, transcendem o caso concreto, aplicando-se, *mutatis mutandis*, a situações assemelhadas como a dos autos, reproduz-se, abaixo, excerto do voto para corroborar a posição aqui apresentada. Confira-se:

Começo, Presidente, pela inovação e impactos sociais à inevitabilidade da mudança. Num livro que se tornou clássico, o historiador israelense Yuval Noah Harari identifica a ocorrência de três grandes revoluções que pautaram a história da humanidade: a revolução cognitiva, a revolução agrícola e a revolução científica.

[...]

E agora nós vivemos esta quarta revolução digital, em que a tecnologia mecânica e analógica é substituída pela tecnologia digital, que permitiu - e aí chegando ao nosso tema específico - a massificação do uso do computador, a massificação do uso do telefone celular e a conexão mundial das pessoas pela rede mundial de computadores, a *internet*.

[...]

Eu faço essa introdução para contextualizar um mundo que é completamente transformado nas últimas décadas.

[...]

A tecnologia, conhecimento e propriedade intelectual substituíram os bens materiais que faziam a riqueza de outra época. E, desse modo, não há como a velha economia não ser afetada, e é por isso mesmo que está todo mundo em busca de novos modelos de negócios.

[...]

Nós temos um ciclo próprio do desenvolvimento capitalista, em que há a substituição de velhas tecnologias, de velhos modos de produção, por novas formas de produção, numa terminologia nova muitas vezes chamada de *inovação disruptiva*, por designar ideias capazes de enfraquecer ou substituir indústrias, empresas ou produtos estabelecidos no mercado.

Essa não é a única disputa que está ocorrendo entre novas tecnologias e mercados tradicionais: (i) o WhatsApp e as concessionárias de telefonia têm um contencioso próprio; (ii) o Netflix e as empresas de televisão a cabo; (iii) o *Airbnb* e as *redes de hotéis*; e, como retratado nesse recurso extraordinário, (iv) entre o serviço de transporte individual por aplicativo e os táxis.

Presidente, penso que nós temos de aceitar como uma inexorabilidade do progresso social o fato de que há novas tecnologias disputando mercado com as formas de tradicionais de oferecimento de determinados serviços.

Acho que é inócuo tentar proibir a inovação ou preservar o *status quo*, assim como, com a destruição das máquinas de tear, no início do século XIX, por trabalhadores ingleses ou, pouco depois, na França, quando se começaram a vender roupas *prêt-à-porter*, em que os alfaiates também invadiram as grandes lojas, não foi possível frear a revolução industrial. O desafio do Estado está em como acomodar a inovação com os mercados pré-existentes, e penso que a proibição da atividade na tentativa de contenção do processo de mudança, evidentemente, não é o caminho, até porque acho que seria como tentar aparar vento com as mãos.

Encerrando a primeira parte do meu voto, digo que há um conjunto de novas tecnologias que se impõem e merecem uma demanda relevante da sociedade. Evidentemente, a melhor forma de o Estado lidar com essas inovações e, eventualmente, com a destruição criativa da velha ordem não é impedir o progresso, mas, sim, tentar produzir as vias conciliatórias possíveis.

[...]

Penso que nós estamos vivendo também, no Brasil, um processo importante de redução de uma das grandes discussões nacionais, que é o *oficialismo* - essa crença de que tudo que é relevante depende do Estado, das suas bençãos e/ou do seu financiamento.

[...]

A minha crença profunda hoje, analisando o Brasil, é de que nós precisamos é de mais sociedade civil, mais livre iniciativa, mais movimento social, e menos Estado;

[...]

Livre iniciativa não tem apenas uma dimensão econômica, tem uma dimensão de uma liberdade individual, de exercício dos direitos da personalidade. Ela transcende, portanto, o domínio puramente econômico, para significar as escolhas existenciais das pessoas, seja no plano profissional, seja no plano pessoal, seja no plano filantrópico.

Abaixo, ementa do acórdão:

Direito Constitucional. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Transporte individual remunerado de passageiros por aplicativo. livre iniciativa e livre concorrência.

1. Recurso Extraordinário com repercussão geral interposto contra acórdão que declarou a inconstitucionalidade de lei municipal que proibiu o transporte individual remunerado de passageiros por motoristas cadastrados em aplicativos como Uber, Cabify e 99.

2. A questão constitucional suscitada no recurso diz respeito à licitude da atuação de motoristas privados cadastrados em plataformas de transporte compartilhado em mercado até então explorado por taxistas.

3. As normas que proibam ou restrinjam de forma desproporcional o transporte privado individual de passageiros são inconstitucionais porque: (i) não há regra nem princípio constitucional que prescreva a exclusividade do modelo de táxi no mercado de transporte individual de passageiros; (ii) é contrário ao regime de livre iniciativa e de livre concorrência a criação de reservas de mercado em favor de atores econômicos já estabelecidos, com o propósito de afastar o impacto gerado pela inovação no setor; (iii) a possibilidade de intervenção do Estado na ordem econômica para preservar o mercado concorrencial e proteger o consumidor não pode contrariar ou esvaziar a livre iniciativa, a ponto de afetar seus elementos essenciais. *Em um regime constitucional fundado na livre iniciativa, o legislador ordinário não tem ampla discricionariedade para suprimir espaços relevantes da iniciativa privada.*

4. A admissão de uma modalidade de transporte individual submetida a uma menor intensidade de regulação, mas complementar ao serviço de táxi afirma-se como uma estratégia constitucionalmente adequada para acomodação da atividade inovadora no setor. Trata-se, afinal, de uma opção que: (i) *privilegia a livre iniciativa e a livre concorrência;* (ii) *incentiva a inovação;* (iii) *tem impacto positivo sobre a mobilidade urbana e o meio ambiente;* (iv) *protege o consumidor;* e (v) *é apta a corrigir as ineficiências de um setor submetido historicamente a um monopólio “de fato”.*

5. A União Federal, no exercício de competência legislativa privativa para dispor sobre trânsito e transporte (CF/1988, art. 22, XI), estabeleceu diretrizes regulatórias para o transporte privado individual por aplicativo, cujas normas não incluem o controle de entrada e de preço. Em razão disso, a regulamentação e a fiscalização atribuídas aos municípios e ao Distrito Federal não podem contrariar o padrão regulatório estabelecido pelo legislador federal.

6. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação das seguintes teses de julgamento: “1. A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; e 2. No exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (CF/1988, art. 22, XI)”.

(RE 1.054.110, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2019, Processo Eletrônico DJe-194 divulg 05-09-2019 public 06-09-2019)

No mesmo sentido, acórdão de relatoria do Ministro Luiz Fux:

Direito Constitucional, Administrativo e Regulatório. Proibição do livre exercício da atividade de transporte individual de passageiros. Inconstitucionalidade. Estatuto Constitucional das liberdades. Princípios constitucionais da livre iniciativa e do valor social do trabalho (art. 1º, IV), da liberdade profissional (art. 5º, XIII), da livre concorrência (art. 170, *caput*), da defesa do consumidor (art. 170, V) e da busca pelo pleno emprego (art. 170, VIII). Impossibilidade de estabelecimento de restrições de entrada em mercados. Medida desproporcional. Necessidade de revisão judicial. Mecanismos de freios e contrapesos. ADPF julgada procedente.

(...)

5. O motorista particular, em sua atividade laboral, é protegido pela liberdade fundamental insculpida no art. 5º, XIII, da Carta Magna, submetendo-se apenas à regulação proporcionalmente definida em lei federal, pelo que o art. 3º, VIII, da Lei Federal n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e a Lei Federal n. 12.587/2012, alterada pela Lei n. 13.640 de 26 de março de 2018, garantem a operação de serviços remunerados de transporte de passageiros por aplicativos.

6. A liberdade de iniciativa garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira consubstancia cláusula de proteção destacada no ordenamento pátrio como fundamento da República e é característica de seletivo grupo das Constituições ao redor do mundo, por isso que não pode ser amesquinhada para afastar ou restringir injustificadamente o controle judicial de atos normativos que afrontem liberdades econômicas básicas.

7. O constitucionalismo moderno se fundamenta na necessidade de restrição do poder estatal sobre o funcionamento da economia de mercado, sobrepondo-se o *Rule of Law* às iniciativas autoritárias destinadas a concentrar privilégios,

impor o monopólio de meios de produção ou estabelecer salários, preços e padrões arbitrários de qualidade, por gerarem ambiente hostil à competição, à inovação, ao progresso e à distribuição de riquezas. Literatura: ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. Por que as nações fracassam – As origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Trad. Cristiana Serra. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

8. A teoria da escolha pública (*public choice*) vaticina que o processo político por meio do qual regulações são editadas é frequentemente capturado por grupos de poder interessados em obter, por essa via, proveitos superiores ao que seria possível em um ambiente de livre competição, porquanto um recurso político comumente desejado por esses grupos é o poder estatal de controle de entrada de novos competidores em um dado mercado, a fim de concentrar benefícios em prol de poucos e dispersar prejuízos por toda a sociedade. Literatura: STIGLER, George. “The theory of economic regulation”. in: *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, No. 1 (Spring, 1971).

9. *O exercício de atividades econômicas e profissionais por particulares deve ser protegido da coerção arbitrária por parte do Estado, competindo ao Judiciário, à luz do sistema de freios e contrapesos estabelecidos na Constituição brasileira, invalidar atos normativos que estabeleçam restrições desproporcionais à livre iniciativa e à liberdade profissional. Jurisprudência: RE n. 414.426 Relator(a): Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2011; RE 511.961, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009.*

10. *O sistema constitucional de proteção de liberdades goza de prevalência prima facie, devendo eventuais restrições ser informadas por um parâmetro constitucionalmente legítimo e adequar-se ao teste da proporcionalidade, exigindo-se ônus de justificação regulatória baseado em elementos empíricos que demonstrem o atendimento dos requisitos para a intervenção.*

11. A norma que proíbe o “uso de carros particulares cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas” configura limitação desproporcional às liberdades de iniciativa (art. 1º, IV, e 170 da CRFB) e de profissão (art. 5º, XIII, da CRFB), a qual provoca restrição oligopolística do mercado em benefício de certo grupo e em detrimento da coletividade. Ademais, a análise empírica demonstra que os serviços de transporte privado por meio de aplicativos não diminuiram o mercado de atuação dos táxis.

12. O arcabouço regulatório dos táxis no Brasil se baseia na concessão de títulos de permissão a um grupo limitado de indivíduos, os quais se beneficiam de uma renda extraordinária pela restrição artificial do mercado, de modo que o ativo concedido não corresponde a qualquer benefício gerado à sociedade, mas tão somente ao cenário antinatural de escassez decorrente da limitação governamental, sendo correto afirmar que os princípios constitucionais da igualdade (art. 5º, *caput*), da livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170) e da livre concorrência (art. 173, § 4º) vedam ao Estado impedir a entrada de novos agentes

no mercado para preservar a renda de agentes tradicionais. Jurisprudência: ADI 5.062, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2016.

13. A proibição legal do livre exercício da profissão de transporte individual remunerado afronta o princípio da busca pelo pleno emprego, insculpido no art. 170, VIII, da Constituição, pois impede a abertura do mercado a novos entrantes, eventualmente interessados em migrar para a atividade como conseqüência da crise econômica, para promover indevidamente a manutenção do valor de permissões de táxi.

14. A captura regulatória, uma vez evidenciada, legitima o Judiciário a rever a medida suspeita, como instituição estruturada para decidir com independência em relação a pressões políticas, a fim de evitar que a democracia se torne um regime serviente a privilégios de grupos organizados, restando incólume a Separação dos Poderes ante a atuação dos freios e contrapesos para anular atos arbitrários do Executivo e do Legislativo.

15. A literatura do tema assenta que, *verbis*: “não há teoria ou conjunto de evidências aceitos que atribuam benefícios sociais à regulação que limite a entrada e a competição de preços” (POSNER, Richard A. “The Social Costs of Monopoly and Regulation”. In: *The Journal of Political Economy*, Vol. 83, No. 4 (Aug., 1975), pp. 807-828). Em idêntico prisma: SHLEIFER, Andrei. *The Enforcement Theory of Regulation*. In: *The Failure of Judges and the Rise of Regulators*. Cambridge: The MIT Press, 2012. p. 18; GELLHORN, Walter. “The Abuse of Occupational Licensing”. In: 44 *U. Chi. L. Rev.* 6 1976-1977.

16. A evolução tecnológica é capaz de superar problemas econômicos que tradicionalmente justificaram intervenções regulatórias, sendo exemplo a sensível redução de custos de transação e assimetria de informação por aplicativos de transporte individual privado, tornando despicenda a padronização dos serviços de táxi pelo poder público. Literatura: MACKAAY, Ejan. *Law and Economics for Civil Law Systems*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

17. Os benefícios gerados aos consumidores pela atuação de aplicativos de transporte individual de passageiros são documentados na literatura especializada, que aponta, mediante métodos de pesquisa empírica, expressivo excedente do consumidor (*consumer surplus*), consistente na diferença entre o benefício marginal na aquisição de um bem ou serviço e o valor efetivamente pago por ele, a partir da interação entre a curva de demanda e o preço de mercado, por isso que a proibição da operação desses serviços alcança efeito inverso ao objetivo de defesa do consumidor imposto pelos artigos 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição.

18. A Constituição impõe ao regulador, mesmo na tarefa de ordenação das cidades, a opção pela medida que não exerça restrições injustificáveis às liberdades fundamentais de iniciativa e de exercício profissional (art. 1º, IV, e 170; art. 5º, XIII, CRFB), sendo inequívoco que a necessidade de aperfeiçoar o uso das vias públicas não autoriza a criação de um oligopólio prejudicial a consumidores e

potenciais prestadores de serviço no setor, notadamente quando há alternativas conhecidas para o atingimento da mesma finalidade e à vista de evidências empíricas sobre os benefícios gerados à fluidez do trânsito por aplicativos de transporte, tornando patente que a norma proibitiva nega “ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente”, em contrariedade ao mandamento contido no art. 144, § 10, I, da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional n. 82/2014.

19. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada procedente para declarar inconstitucional a Lei Municipal de Fortaleza n. 10.553/2016, por ofensa aos artigos 1º, IV; 5º, *caput*, XIII e XXXII; 22, IX, XI e XVI; 144, § 10, I; 170, *caput*, IV, V e VIII; e 173, § 4º, todos da Carta Magna.

(ADPF 449, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2019, Processo Eletrônico DJe-190 divulg 30-08-2019 public 02-09-2019)

No âmbito do STJ, em discussão relativa ao aplicativo de transporte Uber julgado no conflito de competência, *CC n. 164.544*, relator o Ministro Moura Ribeiro, assinalaram-se pontos igualmente relevantes para o deslinde desta lide.

Conflito negativo de competência. Incidente manejado sob a égide do NCPC. Ação de obrigação de fazer c.c. *reparação de danos materiais e morais ajuizada por motorista de aplicativo UBER. Relação de trabalho não caracterizada. Sharing economy. Natureza cível. Competência do Juízo Estadual.*

1. A competência *ratione materiae*, via de regra, é questão anterior a qualquer juízo sobre outras espécies de competência e, sendo determinada em função da natureza jurídica da pretensão, decorre diretamente do pedido e da causa de pedir deduzidos em juízo.

2. Os fundamentos de fato e de direito da causa não dizem respeito a eventual relação de emprego havida entre as partes, tampouco veiculam a pretensão de recebimento de verbas de natureza trabalhista. A pretensão decorre do contrato firmado com empresa detentora de aplicativo de celular, de cunho eminentemente civil.

3. *As ferramentas tecnológicas disponíveis atualmente permitiram criar uma nova modalidade de interação econômica, fazendo surgir a economia compartilhada (sharing economy), em que a prestação de serviços por detentores de veículos particulares é intermediada por aplicativos geridos por empresas de tecnologia. Nesse processo, os motoristas, executores da atividade, atuam como empreendedores individuais, sem vínculo de emprego com a empresa proprietária da plataforma.*

4. Compete a Justiça Comum Estadual julgar ação de obrigação de fazer c.c. reparação de danos materiais e morais ajuizada por motorista de aplicativo pretendendo a reativação de sua conta UBER para que possa voltar a usar o aplicativo e realizar seus serviços.

5. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Estadual.

(CC 164.544/MG, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção, julgado em 28/08/2019, DJe 04/09/2019)

Outrossim, especificamente sobre os *efeitos da atividade econômica relacionada exclusivamente à plataforma Airbnb*, em artigo publicado no Valor Econômico, a informação é que tal modalidade negocial acrescentou R\$ 2,5 bilhões ao PIB brasileiro no ano de 2016, segundo a Fipe. O estudo ainda aponta que o incremento da riqueza proporcionado pelo Airbnb à economia brasileira teria sido de 0,04% ante o PIB, correspondendo a R\$ 6,266 trilhões.

Aliás, os dados levantados retratam o impacto das atividades e seus efeitos em relação à geração de novos empregos e os ganhos obtidos em razão das atividades dos chamados “anfitriões”:

O resultado apurado pela Fipe levou em consideração o impacto econômico da renda extra obtida pelos anfitriões brasileiros com o aluguel de temporada e os gastos dos viajantes com alimentação, compras, passeios, atrações e transporte, entre outros.

Essa movimentação econômica e seus efeitos indiretos e induzidos equivalem à geração de 70 mil novos empregos no país, calculou a Fipe.

O estudo mostrou que, fora os gastos com hospedagem, os viajantes que optam pelo Airbnb gastam, em média, três vezes mais que aqueles que se hospedam em hotéis. Esse comportamento fez com que os hóspedes que utilizam a plataforma tenham acrescentado R\$ 788,2 milhões a mais ao PIB brasileiro do que se tivessem se hospedado em hotéis ou pousadas, segundo estimativa da Fipe.

No Brasil, o Airbnb reúne 143 mil anúncios e registrou mais de um milhão de chegadas de hóspedes em 2016. A plataforma conta com quase 90 mil anfitriões no país. O ganho médio anual de um anfitrião brasileiro típico, no ano passado, foi de R\$ 6,07 mil.

Segundo o estudo comparativo da Fipe, o número de pessoas que se hospedam por meio da plataforma representa 2,1% do total de hóspedes no Brasil. (<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2017/10/10/airbnb-acrescentou-r-25-bilhoes-ao-pib-brasileiro-em-2016-diz-fipe.ghtml>)

Nessa mesma linha, como forma de evidenciar a progressão da atividade, o Airbnb – denominado maior empresa global de compartilhamento de lares e experiências em viagens – anunciou, segundo levantamento realizado no ano de 2018, *estimativa do impacto econômico direto gerado, nesse ano, pela empresa e sua comunidade de anfitriões e hóspedes no Brasil de mais de R\$ 7,7 bilhões (92% a mais do que em 2017)*. O impacto econômico direto estimado é calculado com base na soma da renda total recebida pelos anfitriões com o gasto total dos hóspedes no país.

Por outro lado, a par do elevado impacto econômico da atividade, em relação à *definição e a funcionalidade do sistema*, a fim de retomar a análise das locações por curto prazo envolvendo a plataforma Airbnb, Sílvio Venosa, em artigo recente, manifestou-se no seguinte sentido:

Na ampla problemática dos condomínios e empreendimentos assemelhados como loteamentos fechados, avulta mais recentemente a questão da hospedagem curta proporcionada pelo sistema denominado Airbnb.

Esse sistema consiste em uma plataforma on-line de hospedagem pela qual os interessados podem se hospedar em quarto ou imóvel inteiro (casa ou apartamento) por curta temporada. Utiliza um imóvel normal, e não uma pousada ou local específico para hospedagens. O sistema possui uma classificação do hóspede por estrelas. Os pagamentos são realizados por plataforma de cartão de crédito.

O jurista, no ponto acerca do regramento legal da matéria, conclui pela ausência de norma específica ou mesmo de proibição expressa no âmbito do ordenamento jurídico envolvendo o Airbnb ou plataformas virtuais congêneres. Assevera que a modalidade negocial em tela, em razão de características específicas, não poderia ser regulada Lei n. 11.771/2008 (contrato de hospedagem) nem mesmo pela Lei n. 8.245/1991 (Lei de locações).

Nesse sentido:

Não existe ainda uma regulamentação legal nem uma proibição expressa na lei para esse tipo de prática. Em princípio, o instituto seria regulado pela Lei n. 11.771/2008, que trata da hospedagem para turismo, mas essa lei está voltada para estabelecimentos de hotelaria. Não se amolda, em absoluto para conjuntos residenciais comuns. A Lei do Inquilinato (arts. 48 a 50 da Lei n. 8.245/1991) prevê a locação por temporada por até 90 dias, mas dirige-se a outra classe de inquilinos, e não a hóspedes. A locação por temporada se destina a lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras no imóvel do locatário e situações similares, como dispõe o art. 48. Porém, há que se ressaltar que na locação por temporada há locatários, e não hóspedes. Essa compreensão é fundamental. A locação por temporada somente se perfaz com contrato escrito, pois exige o prazo determinado, sendo incompatível o contrato verbal.

[...]

Não resta dúvida, contudo, que a questão é sensível e polêmica, exigindo pronta intervenção do intérprete.

(<http://genjuridico.com.br/2019/02/22/condominios-e-airbnb/>)

A plataforma virtual Airbnb foi também objeto de interessante estudo realizado por Bianca Tavorari, no artigo “Economias de compartilhamento e o

direito”, em que ressalta, do mesmo modo, a ausência de legislação própria sobre o tema no ordenamento pátrio.

Veja-se:

[...]

É exatamente este tipo de relação que está no centro da popularização do Airbnb - *a possibilidade de alugar bens não reconhecidos pelo direito oficial*, por períodos de tempo que geralmente contrariam uma série de normas jurídicas, sejam elas de zoneamento ou regras tributárias.

A plataforma digital não permite apenas alugar quartos separados, mas também casas e apartamentos inteiros. *Se a ausência de parcelamento aproxima essas transações de um contrato típico de locação, as condições oferecidas pelo site revelam diferenças fundamentais.* Ao contrário de grande parte das normas jurídicas de locação em vários países, o Airbnb não exige título de propriedade ou a comprovação do direito de sublocação para anunciar e alugar esses imóveis. Além disso, é possível alugar cabanas, barracas, castelos, tendas indígenas, espaços para acampamento ou até mesmo iglus, pelo tempo que as partes - “hóspede” e “anfitrião”, na linguagem do site - combinarem. Essa característica é enfatizada na descrição da própria plataforma: “*Não importa se você precisa de um apartamento, por uma noite, um castelo por uma semana ou um condomínio (villa) por um mês: o Airbnb conecta as pessoas a experiências de viagens únicas, preços variados, em mais de 34.000 cidades e 190 países.*”

[...] *a fórmula de sucesso da plataforma estaria na combinação de três elementos: conectar pessoas e informações, gerando eficiência entre oferta e demanda; preços mais baixos se comparados aos praticados à rede hoteleira’ e a confiança produzida pelo site por meio dos feedbacks dos viajantes, pelo controle dos dados dos usuários e por uma série de ações de publicidade com o intuito de tornar atraente a ideia de se hospedar na casa de um desconhecido. Ou, na expressão-síntese utilizada pelo próprio Airbnb, não estaríamos diante de uma empresa ou de um serviço convencional, mas de um mercado comunitário confiável*, disponível em <<https://www.Airbnb.com/about/about-us>>. Acesso em: 30 jan. 2016.

(TAVOLARI, Bianca, in Economias de Compartilhamento e o direito. Organização de Rafael A.F. Zanatta, Pedro C.B. de Paula, Beatriz Kira. Curitiba, Juruá, 2017)

6. No *campo legislativo*, é bem verdade, surgem as primeiras incursões sobre a matéria, embora com desenvolvimento ainda incipiente, mediante a proposição de alteração na lei de locações.

Encontra-se em trâmite projeto de lei (PL n. 2.474/2019, de autoria do Senador Angelo Coronel) que propõe a *alteração da Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991*, “*para disciplinar a locação de imóveis residenciais por temporada*”

por meio de plataformas de intermediação ou no âmbito da economia compartilhada”, fazendo inserir o art. 50-A ao referido estatuto legal.

Confira-se:

Art. 50-A. *É vedada a locação para temporada contratada por meio de aplicativos ou plataformas de intermediação em condomínios edilícios de uso exclusivamente residencial, salvo se houver expressa previsão na convenção de condomínio prevista no art. 1.333 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).*

No ponto, a despeito do conteúdo da norma, merece destaque o fato de que, na esfera legislativa, *o tratamento da matéria incursiona-se pela Lei de locações*, a evidenciar tendência a ser seguida pelo legislador.

No âmbito estadual e municipal, por sua vez, há regulamentações sobre o tema, mas apenas dois normativos legais – no caso, a *Lei n. 4.050/17* e a *LC n. 99/2017* – que regulamentam a atuação do Airbnb nos Municípios de Ubatuba–SP e Caldas Novas–GO, respectivamente.

Este último levantamento foi feito pela advogada Camila Oliveira, em artigo disponibilizado no CONJUR, no último dia 4 de março de 2019:

Somente há duas normas específicas em vigor: a Lei 4.050/2017 e a Lei Complementar 99/2017, que regulamentam a atuação do Airbnb nos municípios de Ubatuba (SP) e Caldas Novas (GO), respectivamente.

Caldas Novas, inclusive, foi a grande pioneira no assunto. A Lei Complementar 99/2017, no seu artigo 9º, determina que o proprietário do imóvel: *“deve informar ao fisco municipal, preferencialmente através de plataformas específicas on-line de comunicação, o recolhimento da taxa anual de funcionamento e do imposto sobre o serviço de qualquer natureza, decorrentes da prestação remunerada de seus imóveis residenciais”*[1].

Além disso, a *Lei Complementar 99/2017* também estabelece que **“a locação de imóveis residenciais por períodos inferiores a 90 (noventa) dias, rege-se-á pela Lei do Inquilinato”** (artigo 2º).

Ou seja, em Caldas Novas, as locações por temporada a partir de plataformas como o Airbnb estão sujeitas ao pagamento de impostos municipais e são **regidas pela Lei Federal 8.245/91** (mais especificamente os artigos 48 e 49, que tratam da locação residencial por temporada) e pela *Lei Complementar 99/2017*.

Já em Ubatuba, a *Lei 4.050/2017* é aplicável às hospedagens por período igual ou inferior a 45 diárias, conforme previsto em seu artigo 6º, *in verbis*. Art. 6º A *Municipalidade com amparo nos incisos I e VIII do artigo 30 da Constituição Federal*, estabelece que as hospedagens Cama & Café e Residenciais por Temporada serão

regidas no Município de Ubatuba por esta Lei, assim consideradas para hospedagens realizadas no limite de até 45 diárias, de forma ininterruptas.

O que chama atenção na Lei 4.050/2017 é que os imóveis disponibilizados para aluguel por temporada devem fixar em sua entrada “o certificado emitido pelo *Cadastur* e a referida licença de funcionamento emitida pela Municipalidade” (artigo 3º). Note-se que, *nesse ponto, a regulamentação dos aluguéis por temporada em Ubatuba está mais próxima da realidade em cidades de outros países, onde o registro do imóvel na prefeitura é uma exigência.*

Outro ponto que merece destaque é que ambas as leis se preocuparam em estabelecer que a locação do imóvel residencial por temporada deve ser autorizada na convenção de condomínio, e os “hóspedes” devem respeitar as normas do condomínio (artigo 7º da Lei 99/2017 e artigo 5º da Lei 4.050/2017).

(ConJur - Camila Oliveira: A regulamentação do Airbnb no Brasil e em outros países)

Nessas hipóteses, o legislador tratou a questão no âmbito das *relações locatícias*, com a inovação da fixação de prazos a caracterizar a referida modalidade, a exemplo do que se verifica em outros países.

Com apoio nas mencionadas legislações, extrai-se, ainda, a preocupação quanto às questões tributárias e de cadastramento prévio das unidades perante à administração pública, como a exigência do certificado do “*Cadastur*”.

Tais questões, contudo, ao menos da forma como se apresentam, não descaracterizam a natureza de locação da atividade. Ao revés, reforçam a natureza de contrato de locação por temporada.

7. No *direito comparado*, há diversidade de tratamento envolvendo o tema, ora definindo a atividade desenvolvida pela plataforma Airbnb como atividade locatícia, ora definindo-a como tipicamente comercial.

Levando em conta os estudos realizados, verifica-se que há ainda muitas legislações que acabam por conferir tratamento “híbrido”, por assim dizer, à atividade, considerando as diversas modalidades que comportam o sistema, como a destinação exclusiva do imóvel ao ocupante (ou ocupantes), o compartilhamento do imóvel com o proprietário, a destinação da área do local (se residencial ou comercial), entre outras.

Ponto comum, a toda evidência, é a crescente produção legislativa no intuito de regulamentar a matéria – com a definição da *abrangência e dos limites das atividades desenvolvidas* – em razão do aumento progressivo da sua utilização em todo o mundo, incluindo o Brasil, e da inquestionável insegurança advinda do vácuo legislativo.

Extraem-se do já referido artigo de Bianca Tavolari dados interessantes envolvendo o tema no âmbito internacional.

Outro ponto que chama a atenção no estudo realizado pela autora é que, não obstante a regulamentação, muitas vezes severa por parte dos respectivos Estados, conforme descrito, é que os proprietários e demais atores envolvidos nas atividades desenvolvidas pelas plataforma Airbnb parecem dar continuidade as suas atividades em inobservância a tais regramentos, evidenciando, em primeira análise, uma tendência à autorregulação na referida atividade.

Confira-se:

[...]

Em novembro de 2013, e sob a justificativa de que o acesso à moradia adequada estaria ameaçado na cidade, **Berlim** editou uma lei específica para proibir a alteração do uso de imóveis residenciais. Mudanças de uso, como locação ou sublocação para turistas ou visitantes esporádicos, têm de ser autorizadas pela prefeitura. Contrariar a lei pode levar a multas de até 50.000 euros. *Decisões do Landgericht de Berlim* têm entendido que sublocar imóveis - seja por inteiro ou uma fração - por meio do Airbnb e para fins comerciais constitui quebra de contrato passível de despejo imediato do locatário.

[...]

Diferentemente de Berlim, que seguiu o caminho da proibição da conversão de moradias para uso comercial, **São Francisco** optou por restringir o aluguel via Airbnb a 75 noites por ano, na muito debatida **Proposition F**. Além de limitar o tempo, a proposta também ampliava os direitos dos vizinhos para entrarem com ações judiciais contra anfitriões da plataforma digital que alugassem unidades em seus prédios. Submetida à votação popular, a *Proposition F* não foi aprovada, com 55% dos votos contrários à lei.

[...]

Diferentemente de Berlim e São Francisco, cujas propostas de regulação e proibição atingem apenas os usuários da plataforma, **Barcelona** está multando o próprio Airbnb por permitir que imóveis sem licença sejam cadastrados para aluguel em seu site. Para que as unidades possam ser listadas e alugadas, é preciso estar registrado na secretaria de turismo da Catalunha e pagar as taxas que correspondem aos hotéis. A prefeitura considera, portanto, o Airbnb como responsável direto pela relação estabelecida entre anfitrião e hóspede na plataforma.

[...]

Quebec seguiu um caminho semelhante a Barcelona, ainda que não tenha multado a empresa. *No final de 2015, a cidade propôs uma lei que equipara todos os*

*anfitriões que anunciam unidades no Airbnb à indústria hoteleira, pousadas, hostels e **bed and breakfasts** tradicionais". Segundo a proposta, normas tributárias e de zoneamento se aplicariam igualmente em todo o mercado de locação para turismo.*

[...]

*Já **Amsterdam** foi a primeira cidade a fazer uma parceria formal com o Airbnb. A empresa se comprometeu a fiscalizar e a impedir que hotéis ilegais usem sua plataforma, ficou responsável por atualizar a prefeitura com os dados sobre aluguel e compartilhamento de moradia na cidade e por coletar impostos por turista e repassá-los à administração municipal. Uma nova categoria de acomodação foi criada, intitulada "private rental", para regular o aluguel de unidades.*

Destarte, muito embora o tratamento conferido pelos demais países às atividades seja o mais variado, é inquestionável o ponto uniforme no sentido da delimitação ou regulamentação mínima para o seu exercício, como se evidencia pela exigência de cadastramento prévio, por exemplo, voltado sobretudo ao melhor controle da atividade.

Assim, não obstante o acerto ou desacerto acerca da categorização da atividade - como locatícia ou comercial -, as regulamentações apresentadas surgem como fator necessário ao bom desempenho das atividades, seja no âmbito da relação com o Estado, seja na relação com os demais condôminos.

Por óbvio, tais restrições apresentadas pelas legislações comparadas não se confundem com a *proibição da atividade dissociada de critérios de razoabilidade da norma*, a retirar do proprietário o seu legítimo exercício do direito de destinação econômica da propriedade.

8. De tudo quanto apresentado, penso que, no atual estágio, e, considerando a indiscutível multiplicidade de relações advindas da utilização de plataformas virtuais para locação de imóveis, não há como enquadrá-la em uma das rígidas formas contratuais existentes no ordenamento jurídico vigente.

Isso porque, conforme demonstrado, os contratos relativos às negociações realizadas pelas plataformas encerram uma multiplicidade de modalidades negociais a serem definidas, portanto, pelo intérprete, de acordo com os contornos delineados na hipótese.

No caso em análise, contudo, há evidências de contratos de locação por temporada, alguns realizados pela plataforma Airbnb.

Penso que, na situação apresentada, em que os recorrentes se valem de cômodos de um mesmo imóvel e também de um segundo imóvel em sua totalidade, com o nítido propósito de destinação residencial a terceiros, mediante contraprestação pecuniária, ainda que por prazos de curta duração, as relações negociais mais se aproximam do contrato de locação por temporada.

Destaco que os contratos celebrados pelos recorrentes evidenciam uma das modalidades negociais mais comuns envolvendo a plataforma Airbnb, consistente na disponibilização pelo proprietário, pessoa natural, de um dos cômodos de seu imóvel por curto prazo.

Tais mecanismos, com base em alguns estudos realizados, foi concebido como forma de conectividade entre pessoas naturais, interessadas, de um lado, na disponibilização de seus imóveis e, de outro, na permanência no local para finalidade residencial, ainda que por curto prazo.

Não há aqui, conforme consignado pelas instâncias de origem, nenhuma evidência da prática de atividade de comércio.

Destaco, por fim, que, ainda que o contrato fosse realizado de maneira verbal, por curto prazo, tais circunstâncias não afastam a natureza predominante da finalidade residencial destinada aos imóveis.

A disponibilização dos imóveis foi realizada, conforme delimitado pela origem, tanto por períodos curtos quanto por períodos superiores a 12 meses, sendo certo que se manteve presente em todas as formas a finalidade residencial –, tônica dos contratos de locação dos imóveis urbanos, previstos nos arts. 47 e seguintes do Código Civil –, prática que, segundo consta dos autos, permanece até os dias de hoje.

Sendo assim, cabe agora analisar os limites da restrição ao direito de propriedade por norma que rege as relações condominiais.

O direito de propriedade, como se sabe, tem assento constitucional, sendo previsto pela legislação infraconstitucional a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, nos termos do art. 1.228 do CC. O mesmo dispositivo, em seu § 1º, estabelece as restrições ao exercício do referido direito.

Neste sentido, cite-se:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

O direito de propriedade deve atender, portanto, à sua função social, compreendendo, nesse aspecto, questões relativas ao *aproveitamento racional e adequado da coisa*, à *qualidade de vida das pessoas*, notadamente quando se trata do uso do bem em relação à coletividade, bem assim do desenvolvimento de atividades econômicas por meio de seu uso.

A função social, nesse contexto, sobressai como elemento integrante da própria estrutura do direito de propriedade. Vale dizer, não reduz a noção de limitação da propriedade por si só, mas, ao contrário, deve valorizar as formas de utilização da propriedade que reforçam as questões relativas à solidariedade econômica, política, social e o pleno desenvolvimento da personalidade.

Todas essas funções, portanto, integram a essência do próprio direito de propriedade e, nessa linha de inteligência, *devem ser sopesadas na análise da legalidade das limitações a serem impostas ao proprietário*.

Nessa linha de entendimento, parte-se da ideia central de que, pelo atual ordenamento jurídico, não há que se falar em incompatibilidade entre o exercício da função social e a exploração econômica do bem.

A tônica é, ao revés, a compatibilização de tais direitos.

Sobre o tema, o insuperável Carvalho Santos discorre que “a *propriedade, no seu conceito moderno, está sujeita a restrições não só impostas pela utilidade pública e interesses da coletividade, mas também a outras, motivadas por interesses particulares, oriundas da solidariedade social*”. E explica: “é que o Direito, antes de tudo, é essencialmente social. Preponderando o interesse geral, ou, quando não, os princípios de solidariedade social.”

Ainda, no ponto específico relativo aos direitos de vizinhança, segue o autor:

O direito de propriedade sofre, assim, *as restrições que as necessidades da vida social determinam, em obediência ao velho axioma jurídico de que a ninguém é lícito lesar os direitos alheios. Entre as quais cumpre destacar as necessidades oriundas dos direitos de vizinhança, podendo-se, portanto, que o direito de propriedade de cada um é limitado pela proibição de causar dano ao direito igual do proprietário vizinho.*

[...]

Por fim, conclui o autor pela necessidade da conjugação de perfeita harmonia entre o direito de propriedade e o direito da coletividade, quando afirma:

Ninguém pode usar de sua propriedade de um modo nocivo, estatui o Código, e com isso não fere nem arranha o direito do proprietário. Porque, convém lembrar, assim exige o interesse geral. E o interesse geral, como já escreveu alguém, não é a soma dos interesses individuais; ao contrário, é o seu corolário. O interesse individual, em sociedade, consiste em limitar a sua ação à justa liberdade de ação alheia e de sacrificar o seu interesse ao interesse coletivo nos seus justos limites. É um fenômeno de equilíbrio (AZEVEDO MARQUES, O sossego público em face do Direito, na Revista dos Tribunais, vol. 83, pag. 11)

[...]

O mau uso da propriedade se traduz precisamente no ultrapassar aqueles limites.

O que é preciso observar é que o conceito do mau uso é todo relativo, dependendo, como adverte SÁ PEREIRA, de várias circunstâncias.

Escreve a respeito o acatado professor: *‘O ruído ensurdecedor e uma ou muitas forjas, certo que me perturba o sossego e me prejudica a atividade do espírito; entretanto eu terei ou não direito de impedi-lo, conforme as circunstâncias.*

[...]

O critério, portanto, do mau uso é contingente e não se pode precisá-lo sem ter em conta todas as circunstâncias que ocorrem em cada caso particular.

[...]

Pelo que precisará o juiz levar em conta a natureza do lugar, distinguindo cidade de cidade, bairro de bairro, sobretudo levando em conta a anterioridade da posse, para bem decidir em cada caso, porque se queixaria sem razão do incômodo aquele proprietário que construiu nas proximidades de estabelecimentos incômodos e perigosos, já estabelecidos e em zona própria (Cfr. GIORGI, Teorie delle Obligationi, vol. 5, pag. 424)

(SANTOS, João Miguel de Carvalho. Código Civil Brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático, vol. VIII-15, ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1988, pp. 05/08).

Por seu turno, Caio Mário da Silva Pereira, em sua clássica obra Instituições de Direito Civil, aponta, quanto às restrições ao direito de propriedade, que “o ponto de partida é a **consideração de ser o domínio um direito real de conteúdo virtualmente limitado**. A sua plenitude, todavia, não se revela incompatível com as limitações que se lhe impõem, conforme assinalam os mais modernos (Barassi,

Publiatti, Natoli), e que, assim no plano histórico, como no direito positivo, encontram a mais segura fundamentação”.

Assim, ainda que o sistema limite a utilização da propriedade e que a discussão envolvendo as restrições sobre o direito de propriedade sejam tão frequentes nos dias de hoje - sobretudo em razão do incremento do direito da coletividade -, não se pode perder de vista que o direito de propriedade reveste-se de um *núcleo rígido*, reconhecido pela jurisprudência desta Corte em diversas oportunidades, que há de ser preservado.

Com efeito, a jurisprudência do STJ já consignou que o direito de propriedade deve atender a sua função social, não consistindo mais, como anteriormente, em um direito absoluto e ilimitado, pois a relação de domínio, agora, possui configuração complexa - em tensão com outros direitos igualmente consagrados no ordenamento jurídico (REsp n. 1.616.038/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27/09/2016, DJe 07/10/2016)

Nessa perspectiva, diante da questão específica relativa ao confronto entre os limites do direito de propriedade - representado pela possibilidade de exploração econômica dos imóveis - e do direito dos demais integrantes do condomínio edilício, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a solução deve partir da *análise do caráter da norma restritiva, passando pelos critérios de legalidade, razoabilidade, legitimidade e proporcionalidade da medida de restrição ante o direito de propriedade*.

Por certo, esta Corte Superior já teve a oportunidade de se manifestar em diversos casos envolvendo a restrição imposta por norma condominial, a exemplo da restrição da criação e guarda de animais (REsp n. 1.783.076/DF, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14/05/2019, REPDJe 19/08/2019, DJe 24/05/2019), da restrição envolvendo o uso de áreas comuns pelo proprietário inadimplente (REsp n. 1.699.022/SP, de minha relatoria, julgado em 28/5/2019, DJe 0/7/2019), entre outros.

Em ambos os casos, embora apoiados em situações fáticas diversas, *afastou-se a restrição imposta pela norma condominial* sob a alegação comum de desarrazoabilidade da restrição imposta devido ao legítimo exercício ao direito de propriedade.

De modo a analisar o caso em julgamento, não se propõe uma análise sobre a questão fática principal examinada nos julgados invocados, mas sim a tese jurídica que se pode transplantar para o deslinde dessa questão, qual seja,

o afastamento de dessarrazoada proibição de uso e gozo da propriedade por convenção de condomínio.

No referido e emblemático caso envolvendo a restrição da guarda de animais pela convenção do condomínio (*REsp n. 1.783.076*, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva), a limitação foi afastada pela Terceira Turma desta Corte, sob o argumento de que a *restrição genérica* na hipótese - dissociada de demais elementos que evidenciassem qualquer racionalidade da norma, ainda que diante de aprovação pela convenção - *não pode ser tolerada*.

Nesse sentido, leia-se:

Recurso especial. Condomínio. Animais. Convenção. Regimento interno. Proibição. Flexibilização. Possibilidade.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. Cinge-se a controvérsia a definir se a convenção condominial pode impedir a criação de animais de qualquer espécie em unidades autônomas do condomínio.

3. Se a convenção não regular a matéria, o condômino pode criar animais em sua unidade autônoma, desde que não viole os deveres previstos nos arts. 1.336, IV, do CC/2002 e 19 da Lei n. 4.591/1964.

4. *Se a convenção veda apenas a permanência de animais causadores de incômodos aos demais moradores, a norma condominial não apresenta, de plano, nenhuma ilegalidade.*

5. *Se a convenção proíbe a criação e a guarda de animais de quaisquer espécies, a restrição pode se revelar desarrazoada, haja vista determinados animais não apresentarem risco à incolumidade e à tranquilidade dos demais moradores e dos frequentadores ocasionais do condomínio.*

6. *Na hipótese, a restrição imposta ao condômino não se mostra legítima, visto que condomínio não demonstrou nenhum fato concreto apto a comprovar que o animal (gato) provoque prejuízos à segurança, à higiene, à saúde e ao sossego dos demais moradores.*

7. Recurso especial provido.

(REsp 1.783.076/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14/05/2019, REPDJe 19/08/2019, DJe 24/05/2019)



No recente julgamento do *REsp n. 1.699.022/SP*, esta Quarta Turma também se manifestou no sentido de que, em se tratando de condomínio edilício, o legislador, atento à realidade das coisas e ciente de que a convivência nesse ambiente especial tem muitas peculiaridades, promoveu regramento

específico, limitando o direito de propriedade, visto que *a harmonia exige espírito de cooperação, solidariedade, mútuo respeito e tolerância, que deve nortear o comportamento dos condôminos.*

Não obstante, foi reconhecida a ilegalidade da vedação imposta pelo condomínio edilício ao condômino inadimplente de frequentar as áreas comuns, por se entender caracterizada situação *de abuso de direito na regra restritiva.*

Nesse sentido, confira-se ementa do julgado:

Direito Civil. Recurso especial. Condomínio. Regulamento interno. Proibição de uso de área comum, destinada ao lazer, por condômino inadimplente e seus familiares. Impossibilidade. Sanções pecuniárias taxativamente previstas no Código Civil.

1. No condomínio edilício, o titular da unidade autônoma, cotitular das partes comuns, exerce todos os poderes inerentes ao domínio, mas, em contrapartida, sujeita-se à regulamentação do exercício destes mesmos direitos, em razão das necessidades impostas pela convivência em coletividade

2. O Código Civil, ao estabelecer um regramento mínimo sobre o condomínio edilício (arts. 1.332 e 1.334), determinou que a convenção deverá definir, entre outras cláusulas, “as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores” (art. 1.334, IV, do CC), tendo como contraponto, para tal mister, os deveres destes.

3. Segundo a norma, é direito do condômino “usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais copossuidores” (CC, art. 1.335, II). Portanto, além do direito a usufruir e gozar de sua unidade autônoma, têm os condôminos o direito de usar e gozar das partes comuns, já que a propriedade da unidade imobiliária abrange a correspondente fração ideal de todas as partes de uso comum.

4. *É ilícita a prática de privar o condômino inadimplente do uso de áreas comuns do edifício, incorrendo em abuso de direito a disposição condominial que proíbe a utilização como medida coercitiva para obrigar o adimplemento das taxas condominiais. Em verdade, o próprio Código Civil estabeleceu meios legais específicos e rígidos para se alcançar tal desiderato, sem qualquer forma de constrangimento à dignidade do condômino e dos demais moradores.*

5. *O legislador, quando quis restringir ou condicionar o direito do condômino, em razão da ausência de pagamento, o fez expressamente (CC, art. 1.335). Ademais, por questão de hermenêutica jurídica, as normas que restringem direitos devem ser interpretadas restritivamente, não comportando exegese ampliativa.*

6. O Código Civil estabeleceu meios legais específicos e rígidos para se alcançar tal desiderato, sem qualquer forma de constrangimento à dignidade do condômino inadimplente: a) ficará automaticamente sujeito aos juros moratórios

convencionados ou, não sendo previstos, ao de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito (§ 1º, art. 1.336); b) o direito de participação e voto nas decisões referentes aos interesses condominiais poderá ser restringido (art. 1.335, III); c) é possível incidir a sanção do art. 1.337, *caput*, do CC, sendo obrigado a pagar multa em até o quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade da falta e a sua reiteração; d) poderá haver a perda do imóvel, por ser exceção expressa à impenhorabilidade do bem de família (Lei n. 8.009/90, art. 3º, IV).

7. Recurso especial provido.

Assim, conforme consignado pela Quarta Turma, ao fixar residência em um condomínio edilício, é automática e implícita a adesão às suas normas internas, a que se submetem todos para a manutenção da higidez das relações de vizinhança:

O condômino que for residir em prédio de apartamento ou for utilizar-se de um conjunto de comercial sabe, perfeitamente, que terá de obedecer à convenção de condomínio e ao regulamento interno do edifício.

*Esses dois instrumentos determinam todas as regras para o bom funcionamento do prédio, contendo normas e proibições que possibilitem uma convivência harmônica entre os condôminos. É salutar que sejam respeitados os artigos da convenção, de forma preventiva, pois se, cada vez que houver uma transgressão aos preceitos ali estabelecidos, o condômino tiver de recorrer ao Judiciário, o convívio torna-se insuportável. Existem situações tão graves, principalmente no que tange às vagas de garagem, que os condôminos chegam às vias de fato, com agressões físicas. Morar em apartamento requer uma grande tolerância em relação aos vizinhos e importa uma limitação ao direito de propriedade. (MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito de Propriedade*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 179 e 180)*

O “microssistema condominial” - convenção de condomínio, regimento interno, regulamentos, entre outras regras internas - tem como objetivo precípua tanto definir as normas de regência para a organização e a administração do condomínio quanto nortear os condôminos em seus direitos e deveres (arts. 1.335 e 1.336), sempre levando em consideração que, “por se tratar de ato de autonomia da vontade, a convenção poderá abranger também outras estipulações, que servirão para preencher as lacunas da lei e para melhor adaptar as regras legais às necessidades peculiares do condomínio em concreto” (TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 687).

Dessarte, em relação aos *direitos dos condôminos*, assim prevê o art. 1.335 do CC:

Art. 1.335. São direitos do condômino:

- I - usar, fruir e livremente dispor das suas unidades;
- I - usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais compossuidores;
- III - votar nas deliberações da assembléia e delas participar, estando quite.

A seguir, o art. 19 da Lei n. 4.591/64, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias:

Art. 19. Cada condômino tem o direito de usar e fruir, com exclusividade, de sua unidade autônoma, segundo suas conveniências e interesses, *condicionados, umas e outros às normas de boa vizinhança, e poderá usar as partes e coisas comuns de maneira a não causar dano ou incômodo aos demais condôminos ou moradores, nem obstáculo ou embaraço ao bom uso das mesmas partes por todos.*

Neste ponto é que reside a controvérsia em exame: definir se, no âmbito da autonomia privada de vontade do condomínio edilício, pode a convenção prever a proibição da atividade de locação, por curto prazo, por plataforma virtual.

É bem de ver que, na forma como foi apresentada pela Corte de origem, a vedação teve como fundamento a finalidade comercial que teria sido conferida aos imóveis. A propósito, invocou o Tribunal local norma da convenção que prevê o caráter residencial exclusivo do edifício.

Vê-se, portanto, que o fundamento adotado para a restrição é genérico (“finalidade residencial” do imóvel), não havendo, ainda, qualquer restrição expressa quanto às atividades realizadas pelos recorrentes.

Por sua vez, embora também invocado pelo Tribunal, não constam dos autos as deliberações levadas a efeito na alegada Assembleia de Condomínio, que teria tratado das atividades relativas aos recorrentes, estando alheia tal questão, portanto, à discussão dos autos.

Não bastasse a ausência de qualquer lei que limite tal comportamento dos requeridos (*princípio da legalidade*), há que se ressaltar que os recorrentes realizam as atividades de disponibilização de seus imóveis, na forma como apresentado, desde o ano de 2011, sem que tenha havido oposição, ao menos pelo que evidencia, de insurgência dos demais condôminos em relação a tais atividades.

Tampouco há prova alguma ou elemento indiciário de quebra ou vulneração de segurança quanto ao convívio no condomínio. Ao revés, há mesmo uma ideia de que a locação realizada por tal método (plataforma virtual) é até mais seguro - tanto para o locador quanto para a coletividade que com o locatário convive, porquanto fica o registro de toda a transação financeira e os dados pessoais deste e de todos os que vão permanecer no imóvel, inclusive com históricos de utilização do sistema.

As instâncias ordinárias, nesse passo, acabaram por conferir interpretação restritiva de maneira desarrazoada e sem previsão legal, a meu juízo, em evidente afronta aos poderes inerentes ao exercício do direito de propriedade dos recorrentes.

Nessa linha de intelecção, penso ser ilícita a prática de privar o condômino do regular exercício do direito de propriedade, em sua vertente de exploração econômica,

Como é sabido, por uma questão de hermenêutica jurídica, as normas que limitam direitos devem ser interpretadas restritivamente, não comportando exegese ampliativa.

Confira-se:

Administrativo. Delegado de Polícia Federal aposentado. Inscrição na OAB. Impedimento do art. 30, I, da Lei 8.906/1994. Inaplicabilidade.

1. Controverte-se a respeito da decisão proferida pela OAB/Seção de Santa Catarina, que deferiu, com a restrição prevista no art. 30, I, da Lei 8.906/1994, o pedido de inscrição em seus quadros, formulado por Delegado de Polícia Federal aposentado.

2. A limitação ao exercício profissional possui o seguinte teor: "Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia: I - os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora".

3. A recorrente defende a tese de que o legislador não delimitou o termo "servidores" e que, ademais, a aposentadoria, por si só, não retira "do interessado sua condição de servidor público" (fl. 238, e-STJ). Por essa razão, a norma deve ser interpretada no sentido de que inclui tanto os ativos como os inativos.

4. A interpretação conferida, *data venia*, é destituída de juridicidade e de razoabilidade.

5. Em primeiro lugar, por questão de hermenêutica: as normas que restringem direitos devem ser interpretadas restritivamente, o que, aplicado ao caso concreto, recomenda que o impedimento parcial do exercício da advocacia incida apenas em relação aos servidores ativos.

6. Ademais, o dispositivo legal em análise visa a evitar conflito de ordem moral e ética que haveria se o servidor pudesse se valer das informações a que tem acesso, pela sua condição, e, simultaneamente, atuasse no sentido de promover suas atividades profissionais como órgão integrante do Poder Público e de, contraditoriamente, patrocinar causas contra o respectivo ente federativo.1471391

7. A extinção do vínculo estatutário, decorrente da aposentadoria, faz cessar esse conflito. Nesse sentido, reporto-me ao entendimento adotado à unanimidade pelo próprio Conselho Federal da OAB: Recurso n. 0140/2003/PCA-SC, Relator Conselheira Ana Maria Morais (GO), DJ 24.04.2003, p. 381, S1.

8. Recurso Especial não provido.

(REsp 1.471.391/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 26/11/2014)

Na hipótese em análise, o uso regular da propriedade, em inseparável exame da função social a ser destinada ao caso, permite concluir pela possibilidade da exploração econômica dos imóveis pelos recorrentes – sempre também como fator de completude à função social da propriedade –, em estrita observância aos direitos dos demais condôminos. Ou seja, nos limites da lei, o condomínio poderá, se for o caso, adotar outras medidas adequadas para a manutenção da regularidade de seu funcionamento (por exemplo, cadastramento dos novos hóspedes na portaria), mas creio que não poderá impedir a atividade, uso e o gozo do proprietário, tal como pretendeu judicialmente.

9. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido inicial deduzido na origem. Inverto os honorários advocatícios arbitrados na sentença.

É o voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Não tenho muito mais a acrescentar depois de tão substanciosos votos, mas, a meu ver, com a devida vênua do eminente Relator, realmente não se trata de uma destinação meramente residencial do imóvel; foge, portanto, ao permitido na convenção de condomínio, à qual estão vinculados todos os condôminos, inclusive os ora recorrentes.

Assim como o Ministro Raul Araújo, penso que, em se tratando de casas, o proprietário terá liberdade bem mais ampla para destinar o imóvel com propósitos apenas residenciais ou comerciais, terá flexibilidade em relação à

entrada e saída dos moradores e ao emprego do imóvel, do que acontece em condomínio, no qual os condôminos são vinculados aos termos da convenção e há questões como a segurança e também as atividades dos servidores do condomínio, que podem ser impactados com o modelo de negócios do Airbnb.

Portanto, com a devida vênia do eminente Relator, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Raul Araújo.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, parece-me que a controvérsia destes autos não extrapola os limites da mera avaliação jurídica sobre a suposta contraposição entre os poderes da convenção de condomínio e o exercício do direito de propriedade.

No caso concreto, conforme se extrai do acórdão recorrido, a agora recorrente *“reconhece ter utilizado as unidades condominiais de que é proprietária como se um ‘hostel’ fosse”,* admitindo ainda *“fornecer serviço de lavanderia – lavar as roupas em sua residência e entregava posteriormente –, sendo que também efetivou modificações estruturais no apartamento (fl. 61 e 64) para poder alojar um número maior de pessoas, além de disponibilizar serviço de conexão à internet como forma de ‘agregar valor’ a sua atividade”* (e-STJ, fl. 547).

Não se discute aqui, penso eu, a modalidade pela qual é feita a publicidade ou ainda a contratação do negócio desempenhado pela recorrente (na hipótese, por intermédio de um aplicativo), que pelas peculiaridades do caso concreto está sendo compreendido como atividade comercial, um “contato de hospedagem atípico” segundo a expressão gravada no voto do em. Ministro *Raul Araújo*.

De fato, a tese e a antítese sustentadas pelas partes litigantes tratam, exclusivamente, da qualificação dos serviços fornecidos pela recorrente, discussão que não sofre influência pela forma com que são oferecidos ou contratados, se por meio de aplicativo ou mesmo por qualquer outra modalidade (imobiliária, anúncio em jornais, panfletagem etc.).

Portanto, creio que haveria um equívoco se este julgamento fosse divulgado de modo a vincular seu resultado à atividade desempenhada pelas empresas de aplicativos, como é o caso do assistente admitido nestes autos, o “AirBNB”.

É dizer: na medida em que a controvérsia reside apenas na qualificação jurídica que recai sobre os serviços prestados pela recorrente, o resultado do

juízo não seria diverso se ela oferecesse seu imóvel por meio de anúncio em jornal escrito, no quadro de avisos do condomínio ou de qualquer outra forma.

Sob outra perspectiva, se acaso estivéssemos afirmando que os vínculos entre a recorrente e os usuários de seu apartamento deram-se sob a forma de locação residencial, mesmo que para temporada, o mero fato de haver sido formalizada por intermédio de um aplicativo não a transformaria em “atividade comercial”, proibida pela convenção do condomínio.

Se tratássemos aqui de uma locação para temporada pura, sem a oferta de qualquer serviço adicional, ainda que avençada por meio de um aplicativo, possivelmente não teria a mesma sorte este recurso, ao menos sob a minha compreensão, ressalvada a hipótese de expressa vedação na convenção condominial, o que não se noticia neste caso.

É por esse motivo que entendo não ser este o processo mais adequado para que dele se possa extrair uma abrangência maior e criar precedente específico sobre a questão envolvendo os aplicativos pelos quais os usuários oferecem seus imóveis para uso temporário (locação para temporada).

Isso porque existem diversas formas e modalidades para a disponibilização do bem a terceiros, podendo ser alugada apenas uma parte imóvel – como no caso sob exame – ou ainda o seu todo, com ou sem a oferta de serviços adicionais. É indiferente o meio pelo qual ele é divulgado ou a forma com que é feita a contratação, se por intermédio de um aplicativo, imobiliária, anúncio em jornal ou até mesmo contato pessoal.

Cada condomínio tem suas características e peculiaridades próprias. Aqueles situados em locais turísticos, próximos a universidades e hospitais, por exemplo, tendem a atrair investidores e proprietários cujo interesse predominante seja o de locar seus apartamentos para temporada (com ou sem a oferta de serviços). Por sua vez, um condomínio puramente residencial, e com determinadas características, pode demandar cuidados adicionais em relação à segurança e à privacidade de seus moradores, mitigando o interesse na disponibilização da unidade para uso de terceiros.

Por isso, creio que cabe à convenção de condomínio – estatuto que traduz a vontade da maioria absoluta dos coproprietários, e cujos termos aplicam-se a todos os moradores, indistintamente – disciplinar o uso das unidades condominiais, sem que daí resulte indevida restrição ao direito de propriedade.

Naturalmente, eventuais abusos ou exageros das normas da convenção poderão ser levados para o exame casuístico do Poder Judiciário.

Em tais circunstâncias, consigno e reafirmo meu entendimento pessoal de que a contratação realizada por meio de aplicativos em plataformas como o “AirBNB” não implica transformar, por si, a locação do imóvel em atividade comercial. São as características dos serviços prestados, aferidas caso a caso, que podem ensejar o reconhecimento da prestação de serviços de hospedagem, desqualificando a mera locação para temporada (prevista nos arts. 48, 49 e 50 da Lei do Inquilinato).

O caso sob julgamento, portanto, resume-se a definir a utilização conferida aos imóveis da recorrente, porque o uso comercial da unidade é proibido pelo estatuto condominial. E como muito bem demonstrado pelo voto divergente, a situação descrita nos autos caracteriza uma modalidade atípica de hospedagem, evidenciando o uso comercial.

Entendo que a convenção de condomínio tem poderes para disciplinar e vedar essa espécie de uso não residencial do imóvel.

Feitas essas considerações e rogando vênias a Vossa Excelência – sem embargo de cumprimentá-lo pelo primoroso voto –, subscrevo o voto do em. Ministro *Raul Araujo* para *negar provimento* ao recurso especial.

É como voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Raul Araújo: Relembro o caso.

O especial vem interposto por *Monica Dutczak* e *Gyan Celah dos Santos*, mãe e filho, contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em *Ação de Obrigação de Não Fazer com Preceito Cominatório* proposta, em face dos ora recorrentes, pelo *Condomínio Edifício Coorigha*, no qual os réus são proprietários de dois apartamentos, *visando obstar o exercício da atividade de hospedagem remunerada de pessoas em suas unidades residenciais*.

O pedido foi julgado procedente para impor aos requeridos se absterem de “*exercer a atividade de alojamento e/ou hospedagem nas unidades 205 e 303, mediante locação de quartos e prestação de serviços, sem prejuízo da locação das mesmas unidades para fins residenciais e nos moldes da legislação pertinente*” (e-STJ, fl. 491).

A sentença foi confirmada pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos termos do acórdão assim ementado:

Apelação cível. Condomínio. Ação de obrigação de não fazer. **Abstenção de realizar atividade comercial de hospedagem no condomínio.** *A ausência de vinculação entre os inquilinos, a reforma do apartamento no sentido criar novos quartos e acomodar mais pessoas, a alta rotatividade de pessoas e o fornecimento de serviços é suficiente para caracterizar contrato de hospedagem.* No caso concreto, caracterizado o contrato de hospedagem, atividade comercial proibida pela convenção condominial, impõe-se a manutenção da sentença de procedência do pedido cominatório formulado pelo condomínio, ficando vedado aos réus exercerem o referido comércio. *Apelação desprovida.* (e-STJ, fl. 541)

Inconformados, Monica Dutczak e Gyan Celah dos Santos interpuseram recurso especial com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, apontando violação dos arts. 47 e 48 da Lei 8.245/91, 1.335, I, do Código Civil de 2002 e 19 da Lei 4.591/64, bem como divergência jurisprudencial com acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Alegam que, diversamente do consignado no acórdão recorrido, as circunstâncias apontadas não alteram a destinação residencial dos imóveis ou desnaturam a relação locatícia, configurando violação ao direito de propriedade a proibição que lhes foi imposta.

Afirmam, outrossim, que “*inexiste proibição expressa na convenção do condomínio para locações de dormitórios de um mesmo imóvel, tampouco para que sejam feitas locações por temporada, em períodos curtos, com alguma rotatividade maior de inquilinos*” (e-STJ, fl. 572) e que “*somente estaria configurado o uso comercial se os recorrentes ou seus inquilinos passassem a desenvolver atividade comercial, como um escritório ou similar e com atendimento de clientes externos de forma constante, o que definitivamente não é o caso*” (e-STJ, fl. 573), não havendo que se falar em contrato de hospedagem.

Não foram apresentadas contrarrazões (e-STJ, fl. 595).

Negou-se seguimento ao recurso especial no eg. Tribunal de Justiça, ante o óbice da Súmula 7/STJ e pela ausência de confronto analítico entre os julgados invocados (fls. 597 a 616 e-STJ).

Os recorrentes apresentaram agravo em recurso especial (fls. 621 a 634), o qual não foi contra-arrazoado.

O relator do recurso, eminente *Ministro Luis Felipe Salomão*, deu provimento ao agravo, viabilizando a apreciação do especial (fls. 645 a 646 e-STJ).

Posteriormente, com a petição de fls. 652 a 681, instruída com dois Pareceres doutrinários de fls. 683 a 728 e 731 a 812, além de outros documentos, a *Airbnb Ireland UC*, sociedade empresária irlandesa, solicitou admissão no feito.

Em seu cuidadoso voto, o relator *deferiu a participação da requerente*, como *assistente simples* dos recorrentes, nos termos do art. 119, parágrafo único, do CPC/2015. No mérito, *deu provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido inicial*, fundamentando seu judicioso voto, resumidamente, nas seguintes premissas:

a) impossibilidade de “*categorizar a atividade realizada pelos proprietários recorrentes como comercial, igualando-a àquelas realizadas por estabelecimentos dotados de estrutura para o fornecimento dos serviços inerentes à hospedagem, nos estritos limites da lei*”;

b) o caráter meramente circunstancial dos serviços prestados pelos recorrentes, não se assemelhando ao plexo de serviços exigidos no contrato de hospedagem;

c) “*o aluguel de imóveis envolvendo contratos de curta temporada, ou referente a parte do imóvel (cômodos), em que não se evidencia o vínculo entre os ocupantes, ou mesmo associado a prestação de serviços eventuais, sempre existiu*”, inserindo-se nesse universo, como elemento novo, “*a potencialização do aluguel por curto, ou curtíssimo prazo, envolvendo a permanência, muitas vezes, de uma única diária, decorrente da transformação econômica proporcionada pelo uso da internet, por plataformas virtuais*”;

d) a atividade se insere no que hoje se denomina economia de compartilhamento, cuja relevância vem sendo reconhecida em razão dos impactos positivos na economia do país e na geração de novos empregos;

e) inexistência de norma específica ou de proibição expressa acerca da atividade, que, por suas características, “*não poderia ser regulada pela Lei 11.771/2008 (contrato de hospedagem) nem mesmo pela Lei 8.245/91 (Lei de locações)*”, não havendo como enquadrá-la “*em uma das rígidas formas contratuais existentes no ordenamento jurídico vigente*”;

f) no caso, “*em que os recorrentes se valem de cômodos de um mesmo imóvel e também de um segundo imóvel em sua totalidade, com o nítido propósito de destinação residencial a terceiros, mediante contraprestação pecuniária, ainda que por prazos de curta duração, as relações negociais mais se aproximam ao contrato de locação*”

por temporada”, não havendo “nenhuma evidência da prática de atividade de comércio”;

g) “a disponibilização dos imóveis foi realizada, conforme delimitado pela origem, tanto por períodos curtos como por períodos superiores a 12 meses, mas certo é que presente se manteve em todas as formas a finalidade residencial – tônica dos contratos de locação dos imóveis urbanos, previstos nos artigos 47 e seguintes do Código Civil”;

h) “o fundamento adotado para a restrição é genérico (‘finalidade residencial’ do imóvel) não havendo, ainda, qualquer restrição expressa quanto às atividades realizadas pelos recorrentes”;

i) as instâncias ordinárias conferiram interpretação restritiva de maneira desarrazoada e sem previsão legal, “em evidente afronta aos poderes inerentes ao exercício do direito de propriedade”;

j) é “ilícita a prática de privar o condômino do regular exercício do direito de propriedade, em sua vertente de exploração econômica”; e

k) “o uso regular da propriedade, em inseparável análise da função social a ser destinada no caso, permite concluir pela possibilidade da exploração econômica dos imóveis pelos recorrentes” e, nesse contexto, “o Condomínio poderá, se for o caso, adotar outras medidas adequadas para manutenção da regularidade de seu funcionamento (v.g. cadastramento dos novos hóspedes na portaria), mas (creio que) não poderá impedir a atividade, uso e gozo do proprietário, tal como pretendeu judicialmente”.

Passo a apresentar o voto-vista.

Inicialmente, mostra-se de interesse para o exame do caso relembrar algumas conceituações acerca de *domicílio*, *residência*, *morada* e *hospedagem*, de modo a que se possa concluir se as contratações impugnadas pelo promovente, ora recorrido, nos moldes em que realizadas pelos recorrentes, segundo reconhecido pelas instâncias ordinárias, desvirtuam ou não a finalidade residencial prevista para o Condomínio.

O Código Civil de 2002, ao tratar do *domicílio* da pessoa natural, dispõe nos seguintes termos:

Art. 70. O *domicílio* da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.

Art. 71. Se, porém, a pessoa natural *tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas.*

Art. 72. *É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.*

Parágrafo único. Se a pessoa exercitar profissão em lugares diversos, cada um deles constituirá domicílio para as relações que lhe corresponderem.

Art. 73. Ter-se-á por domicílio da pessoa natural, *que não tenha residência habitual, o lugar onde for encontrada.*

Art. 74. Muda-se o domicílio, *transferindo a residência, com a intenção manifesta de o mudar.*

Parágrafo único. A prova da intenção resultará do que declarar a pessoa às municipalidades dos lugares, que deixa, e para onde vai, ou, se tais declarações não fizer, da própria mudança, com as circunstâncias que a acompanharem.

Portanto, nos termos da legislação civil, os conceitos de *residência* e de *domicílio* se relacionam, estando, ambos, em maior ou menor grau, ligados às concepções de *permanência habitual* e de *definitividade anímica*, afastando-se das ideias de *eventualidade* ou *transitoriedade*.

Como explica, didaticamente, o ilustre CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

O Código Civil brasileiro, assim como já o havia feito o de 1916, encontrando esta tríple caracterização doutrinária, propendeu na conceituação para a concepção suíça e formulou uma definição (o que, aliás, habitualmente não faz), dizendo, no art. 70, que *o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece sua residência com ânimo definitivo. Conjugou, portanto, dois elementos: um material, outro psíquico, e, para o direito brasileiro, o conceito de domicílio resulta da apuração de duas ordens de ideias: uma externa, a residência, e outra interna, a intenção de permanecer.*

Que é, então, residência? É o lugar de morada normal, o local em que a pessoa estabelece uma habitação. Fazendo distinção que auxilia a compreender, Ruggiero instituiu uma gradação, morada, residência, domicílio. **Aproveitando em parte seu raciocínio, vemos na residência a morada de quem chega e fica; não é pousada eventual de quem se abriga em um lugar para partir de novo. O que aluga uma casa em uma zona de praia, para passar o verão, tem ali a morada, mas não tem residência. Esta pressupõe estabilidade, que pode ser maior ou menor. Estabilidade relativa.** Na técnica de Ruggiero, como na dos irmãos Mazeaud, a residência se coloca a meio caminho entre a morada e o domicílio, mas não podemos perfilhar-lhes a doutrina, porque pressupõe a vinculação jurídica abstrata entre a pessoa e o lugar do estabelecimento principal dos negócios. Também Cunha Gonçalves distingue, nesta gradação, a morada como a casa da presença real ou habitual; e domicílio a residência permanente.

A gradação é efetivamente de notar-se, não, porém, na conclusão final, de vez que, para o direito brasileiro, não é o fato material de ser permanente que faz da residência um domicílio, mas o fator psicológico, o ânimo definitivo. Aliás, o que é fundamental na distinção entre a escola francesa e a do Código brasileiro é que, para este, o domicílio assenta na ideia de residência, pois que é onde se situa a morada com ânimo definitivo. Para a escola francesa, residência e domicílio são ideias totalmente dissociadas: a residência é uma circunstância de fato, e o domicílio de direito; um indivíduo pode ter várias residências, mas possui, em princípio, um só domicílio; a residência, como habitação efetiva, perde-se desde que é deixada, enquanto o domicílio, como centro de atividades, pode subsistir, ainda que ali não resida nunca a pessoa.

Assentado, então, o fato externo, residência, como a morada habitual, a morada estável e certa, para convertê-la em domicílio será necessário introduzir-lhe o elemento psíquico: intenção. É o propósito de permanecer. Não é qualquer residência que faz o domicílio, porém a residência definitiva. O conceito de domicílio, para o direito brasileiro, seria de quase total insegurança, se dependesse da verificação do fator psíquico de uma apuração exclusivamente subjetiva, isto é, se a definitividade da residência ficasse na decorrência da manifestação anímica do indivíduo. *Admitindo-se que a importância da intenção está nas suas repercussões exteriores, o fato interno é de apuração objetiva, pois se verifica do conjunto de circunstâncias.* Mas não se ausentam da noção as duas ideias fundamentais: a sede principal da morada e dos negócios. O lar, o teto, a habitação do indivíduo e de sua família, o abrigo duradouro e estável – eis a residência; as relações sociais, e extensão das atividades profissionais, o desenvolvimento das faculdades de trabalho, a radicação no meio, a filiação às entidades locais, a aquisição de bens – eis algumas das circunstâncias que autorizam a concluir pela existência do ânimo definitivo de ficar. *E da conjugação destes fatores, morada habitual ou residência e o animus manendi, fez o legislador, repitamos, a noção de domicílio, compreendendo uma ideia simples e prática. É a aliança da residência e da intenção de tê-la como definitiva que autoriza a dizer que nem sempre a residência e o centro das atividades atuais compõem a ideia jurídica do domicílio: um estudante que passa um ano na Europa, recebendo bolsa de estudos, não tem ali seu domicílio, muito embora lá resida e faça o centro de suas atividades estudantis; um funcionário, enviado pelo serviço a que pertence, a uma outra localidade, para executar uma tarefa ainda que por largo tempo, tem uma residência, e dedica-se ao seu trabalho, mas nem por isso ali se domicilia. É que falta a intenção de permanecer, incompatível com a temporariedade da missão.* (PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil – v. I / Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. – 30. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017; p. 309-310 - grifos acrescidos)

FLÁVIO TARTUCE, por sua vez, ressalta a distinção entre *residência e domicílio*, de um lado, e *habitação ou moradia*, de outro, acentuando o *caráter de transitoriedade* dos últimos em contraste com o *ânimo de permanência* exigível nos primeiros:

A concepção do domicílio, dessa forma, relaciona-se com outros conceitos, como o de residência e de moradia.

O domicílio, em regra, é o local em que a pessoa se situa, permanecendo a maior parte do tempo com ânimo definitivo. Por regra, pelo que consta do art. 70 do CC o domicílio da pessoa natural é o local de sua residência. Eventualmente, de acordo com o art. 71 do Código Civil em vigor, a pessoa pode possuir dois ou mais locais de residência, onde, alternadamente, viva, considerando-se seu domicílio qualquer um desses locais (pluralidade domiciliar).

[...]

O conceito de habitação ou moradia é distinto dos de domicílio e de residência. Na moradia, há uma mera situação de fato, tratando-se do local onde a pessoa é encontrada ocasionalmente, não havendo ânimo de permanência. Desse modo, nos termos do art. 73 do CC, ter-se-á como domicílio da pessoa natural que não tenha residência habitual o lugar onde for encontrada. O comando tem incidência para nômades, peregrinos, ciganos e circenses.¹

(in Manual de Direito Civil: volume único / Flávio Tartuce. – 11. ed. – Rio de Janeiro, Forense; MÉTODO, 2021).

Como se vê, os conceitos de domicílio e residência (CC/2002, arts. 70 a 78), centrados na ideia de permanência e habitualidade, não se coadunam com as características de transitoriedade, eventualidade e temporariedade efêmera, presentes na hospedagem, particularmente naqueles moldes anunciados por meio de plataformas digitais de hospedagem.

Nas palavras de SÍLVIO VENOSA, a hospedagem destina-se à *habitação temporária* (Lei do Inquilinato Comentada / doutrina e prática: Sílvio de Salvo Venosa. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2020 - p. 33), o que, portanto, se afasta do conceito de residência previsto na lei civil.

Não se desconhece, por certo, a possibilidade, sempre aventada pela doutrina, de que a hospedagem possa realizar-se, também, de forma mais permanente, a ponto de poder constituir, eventualmente, residência ou domicílio do hóspede, conforme muito bem lembrado pelo grande jurista PONTES DE MIRANDA:

A hospedaria pode ser a residência ou o domicílio do hóspede. O hóspede de passagem, que permanece alguns dias no hotel como poderia ter preferido outro, ou que nêle está porque não encontrou outro, não reside nêle. Mora, não reside. (Tomo I, § 73, 2.; cf. §§ 71, 72 e 73, 1). A morada é fáctica; a residência é ato-fato jurídico (Tomo II, § 159, in fine). A constituição de domicílio é ato jurídico stricto sensu. São fatos, êsses, dignos de tôda a atenção. O que só se pode passar no domicílio, e não

na residência, ou na morada, somente se tem por válido ou eficaz se no domicílio foi feito. [...]

Pode-se somente morar, pode-se residir e pode-se ter domicílio no hotel, ou na estalagem, ou no albergue, ou na casa de pensão, ou no pouso. (Direito das obrigações: contrato de seguro (continuação), seguro... /Pontes de Miranda; atualizado por Bruno Miragem. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. - (coleção Tratado de Direito Privado: parte especial; 46 – p. 379)

Não é essa, contudo, a hipótese debatida nos autos.

Com efeito, o que se discute no caso é justamente o caráter efêmero e transitório das hospedagens realizadas pelos recorrentes, sendo certo que a queixa do Condomínio refere-se expressamente à “*alta rotatividade de pessoas*”, conforme expressamente referido pelo v. acórdão recorrido:

O condomínio, queixando-se da alta rotatividade de pessoas e da existência de anúncios na internet divulgando serviço de hospedagem em unidade condominial, aduz a ilegalidade da atividade exercida pela ré.

[...]

*Embora peculiar a situação narrada nos autos, o importante para a solução da lide é que a própria demandada **Mônica** reconhece ter utilizado as unidades condominiais de que é proprietária como se um “hostel” fosse.*

[...]

Não bastasse, a alta rotatividade de pessoas também é indício da alegada hospedagem, o que não é permitido pela convenção do condomínio. (e-STJ, fls. 547/548)

A solução da controvérsia prende-se, portanto, ao exame atento das circunstâncias do caso concreto, *nos termos em que delimitados pelas instâncias ordinárias.*

Na r. sentença de fls. 481/492, os fatos da causa foram definidos nos seguintes termos:

Condomínio do Edifício Cooriga, já qualificado, ajuizou a presente ação de obrigação de fazer em desfavor de Mônica Dutczak e Gyan Celah dos Santos, alegando, em síntese, que os réus são titulares das unidades 303 e 205, respectivamente, sendo que há mais de um ano passaram a hospedar pessoas, inclusive de outros países, as quais era dada a chave do portão. Relata que, ao serem abordados, os hóspedes informaram a existência de anúncio na “internet divulgando serviço de hospedagem mediante pagamento de diárias. Sustenta que a atitude dos réus infringe o art. 4º da Convenção, que determina o caráter residencial do

edifício. Aponta que Assembléia Geral Extraordinária concluiu por não permitir que as unidades privativas funcionem como hospedaria.

[...]

A ré Mônica, por sua vez, ofertou contestação alegando *não ter infringido as normas condominiais, especialmente o art. 26, "n", da Convenção*, na medida em que procedeu na identificação dos ocupantes de sua unidade. *Informa que loca o apartamento 303 a quatro pessoas, não sendo o número de ocupantes excessivo e não havendo desvio do uso da unidade, porquanto destina-se à residência dessas pessoas. Entende inexistir ilicitude na conduta, uma vez que a Convenção não explicita a proibição da locação de parte do imóvel. Informa que há no Condomínio autor outras locações, inclusive por temporada para estudantes. Requer a improcedência do feito. Acosta documentos.*

[...]

*Restou incontroverso nos autos que a parte ré disponibiliza a terceiros a utilização de suas unidades **para residência destes**, mediante pagamento, **acomodando em cada uma delas aproximadamente quatro pessoas sem vínculo entre si**. Sustenta o demandante que tal atitude configura serviço de hospedagem, o que contraria a Convenção Condominial, dada a alteração da destinação residencial do edifício para comercial. Por outro lado, defende a parte demandada a disponibilização do bem para locação, ainda que em partes, como exercício de seu direito de propriedade.*

A solução da questão, portanto, passa pelo exame da natureza da relação jurídica entabulada pela parte ré com estes terceiros, a qual é explicitada no depoimento pessoal da demandada Mônica (fls. 124/134).

J: (...). A senhora pode nos esclarecer esse problema em relação ao condomínio, a senhora e seu filho Gyan? D: Eu quero ser o mais sucinta possível, eu quero explicar, assim, o que foi que me levou a começar a alugar os dormitórios? Eu comprei um imóvel, esse que comprei no nome do meu filho que não está aqui, mas é meu, só comprei no nome do meu filho por causa do financiamento, porque ele não tem escada, e a minha mãe tem problema de quadril e eu também, e eu comprei por esta razão, fiz financiamento, fiz empréstimo, é um apartamento muito antigo, (...), e aí então ele começou a fazer a obra e ia terminar, comprei acho que em final de outubro e ele ia terminar em dezembro. E aí eu ia alugar, ou ia morar e alugar o outro, enfim, eu ia ter como pagar as minhas dívidas. E só que o condomínio começou a impedir o andamento da obra e eu acabei tendo que pagar o material que eu comprei no Visa, as coisas que eu comprei pro Paulinho, pra pagar a mão de obra dele, o condomínio desse novo apartamento, o IPTU desse novo apartamento, e o financiamento. Aí me vi apertada, até que um, porteiro, o seu Neto, que já não trabalha mais lá, me disse 'tem um casal procurando um apartamento, e aí eu disse, 'o apartamento não está pronto, e ele disse 'mostra, não custa'. Aí eu procurei

o rapaz e ele me *explicou que morava com a namorada e morava ali no condomínio mesmo, é que ele estava procurando um quarto pra ele que a ex-namorada ia morar com o atual namorado da época e que ele precisava de um quarto* porque a proprietária estava pedindo o apartamento, (...). E a gente virou muito amigo, ele viu a minha luta, inclusive quando ele viajou, não lembro mais pra onde ele foi, se pra Itália ou pra França, ele disse 'tu não te esquece de botar o azulejo assim, e viu a minha luta, e *tinha uma amiga da ex-namorada dele que também estava procurando um lugar pra alugar e ela acabou vindo pra lá*, e disse assim pra mim: 'Porque tu não aluga, não anuncia na PUC, porque ela trabalhava na PUC, e aí veio o primeiro francês e viram a minha luta desenfreada pra tentar pagar aquele monte de dívida que estava acontecendo e eles 'porque tu não anuncia na PUC, aí eles mesmo fizeram a instalação da Internet, até a senha foi a guria que fez lá, e o tal francês esse primeiro que veio disse pra mim 'liga para um hostel, e pediu para falar com alguém que falasse francês, e eles me deram a ideia de dividir a sala, que era bem ampla, com uma divisória de escritório, até porque eu ria, queria muito fazer isso, era uma coisa provisória pra tentar saldar dívida (...)' (fls. 124/126).

7: Quantas pessoas alugam? D: São cinco quartos, cinco pessoas, num deles moro eu.

J: Cinco pessoas por apartamento? D: Isto.

J: O apartamento originalmente é de quantos quartos? D: Três. A sala foi dividida em dois.

J: Desde quando a senhora aluga assim? D: Desde que eu comprei o outro apartamento que eu acho que foi em dois mil e onze, acho que está fazendo três ou quatro anos agora.

J: Isso trouxe algum transtorno para o condomínio? D: Bom, várias coisas foram alegadas, primeiro foi porque assim, vou explicar. Eu tenho três filhos e meu ninho ficou vazio. Isso ficou complicado, mas aí Deus encheu a minha casa e eu sou muito feliz com isso. *E para agradar eu comecei a lavar roupa, eles mesmos me disseram, isso agrega valor, e eu falei pra uma vizinha que estava lavando roupa e tal, (...)'* (fls. 128/129).

J: (...) PA: A depoente referiu o apartamento 205 e 307? D: 303.

PA: O 307 ela também está locando atualmente? D: Bom, na verdade eu estou no trezentos e sete agora, e o trezentos e sete não é assunto aqui, pelo que entendi eu estou sendo processada pelo 303 e o 205, é isso?

J: A senhora está locando o 307 também? D: Não, eu estou morando nele.

PA: **Qual a rotatividade das pessoas nesse quarto, é uma vez por mês, é uma vez a cada seis meses?** D: Eles copiaram e está escrito na ata de

assembleia, **eu tenho um anúncio no site, e é exigido um mínimo de doze meses, e eu tenho contrato de doze meses, e isso não impede uma pessoa por algum motivo resolver ir morar com outra e sair, aí é uma coisa que foge da minha alçada. Se tu alugar um apartamento pra uma pessoa por trinta meses e a pessoa sair, ela saiu, isso não impede.**

J: Mas isso gera rotatividade de inquilino para a senhora? D: Quando saem assim, que saem juntos?

J: Não, tem gerado rotatividade de inquilinos, se mantém? D: Por eu ter contrato, lá no anúncio a pessoa diz assim, dá pra ser período menor, **dependendo da situação eu posso vir a alugar por menos de doze meses** (..)" (fls. 130/131).

"PA: Na época da copa então todas as pessoas que estiveram lá, se tiveram pessoas na época da copa lá? D: Claro que teve.

PA: E ficaram quanto tempo essas pessoas? D: O tempo da copa. **É uma coisa isolada.**" (fl. 133).

Como visto acima, a ré Mônica, inicialmente, pretendia locar um dos dois imóveis, como fonte de renda. No entanto, em razão de atrasos nas obras de reforma - os quais a demandada imputa a responsabilidade do condomínio demandante, em represália às denúncias por ela efetuadas contra a administração à época - viu-se endividada, enxergando na disponibilização onerosa de parte do imóvel, isto é, dos dormitórios, a solução imediata para seus problemas financeiros.

Em razão disso, através de um ocupante e mediante contato com um "hostel", obteve auxílio no sentido de reestruturar o bem, com a divisão de um dos cômodos e sua transformação em mais dois dormitórios, além da instalação de internet. Outrossim, passou a ofertar a lavagem de roupas, que, em suas palavras, "agrega valor" (fl. 128).

No decorrer dos anos, isto é, a partir de 2011 até 2015 (época em que tomado seu depoimento pessoal), a demandada passou a disponibilizar nos mesmos moldes as unidades 205 e 303, transferindo sua residência para o apartamento 307, o que evidencia a ampliação da atividade com conotação continuada e permanente e, indiretamente, a melhora na situação financeira inicialmente descrita. No tópico, considerando a confissão da requerida Mônica, no sentido de que não mais reside na unidade 205, cai por terra o argumento em que se funda a defesa do réu Gyan.

Com efeito, o contrato de locação é contrato típico, regido pelas disposições contidas na Lei 8.245/91. Muito embora não conste nos autos minuta do contrato ofertado pela ré Mônica a terceiros - ou mesmo o anúncio por ela divulgado na "Internet" - seu depoimento pessoal, no ponto, revela algumas características, quais sejam: **prazo determinado, inicialmente de doze meses, o qual pode ser diminuído por acordo entre as partes; e o oferecimento de serviço de lavanderia e "Internet"**.

Não obstante os argumentos trazidos na defesa, tenho que **o negócio jurídico proposto pela requerida Mônica a terceiros não se amolda à locação residencial** (art. 47 da Lei de Locações) **ou mesmo à locação por temporada** (art. 48 e ss, do mesmo diploma legal retro mencionado). A um, **porque esta última estabelece prazo máximo de 90 dias**; a dois, **porque o oferecimento de serviços não está incluído no rol de direitos e deveres de locador e locatário** (arts. 22 a 26 da Lei 8.245/91).

Nesse passo, respeitado posicionamento em contrário, *entendo que a relação jurídica analisada é atípica, assemelhando-se ao contrato de hospedagem [...].*

[...]

Assim, assiste razão à parte autora quanto à *descaracterização da finalidade exclusivamente residencial das unidades condominiais, porquanto o negócio proposto pela ré Mônica assemelha-se à atividade de hospedagem, a qual reflete, inclusive, na seara administrativa e tributária, podendo ser caracterizada como comercial.*

Importante, aqui, esclarecer que *não há óbice à locação dos imóveis de propriedade da ré, dado o exercício do direito de propriedade. O que não pode ser admitido, em face da expressa disposição da Convenção Condominial (art. 4º - fl. 14), é a alteração do contrato típico em comento, a qual restou evidenciada pela prova coligida aos autos. Dito de outro modo, a abstenção que ora se reconhece não atinge o direito de disposição do patrimônio da parte ré à locação disciplinada pela Lei 8.245/91, dentro dos parâmetros ali estabelecidos.* (e-STJ, fls. 481/489; grifou-se).

O Tribunal de origem, por sua vez, confirmando integralmente a r. decisão de primeiro grau, decidiu nos seguintes termos:

A caracterização de relação capaz de configurar contrato de hospedagem afasta a aplicabilidade da Lei de Locação (Lei Federal n. 8.245/91).

No caso, o cerne do litígio consiste em *definir se a parte-ré conferiu destinação comercial a imóvel residencial, em afronta à convenção do condomínio.*

O condomínio, queixando-se da alta rotatividade de pessoas e da existência de anúncios na internet divulgando serviço de hospedagem em unidade condominial, aduz a ilegalidade da atividade exercida pela ré.

A parte-ré, por sua vez, defende não ter dado destinação comercial ao imóvel, tratando-se apenas de contratos de locação por temporada, o que não implica qualquer afronta às normas do condomínio demandante.

Não assiste razão à parte-ré, ora apelante.

*Embora peculiar a situação narrada nos autos, o importante para a solução da lide é que a própria demandada **Mônica** reconhece ter utilizado as unidades condominiais de que é proprietária como se um "hostel" fosse.*

Ademais, *admitiu fornecer serviço de lavanderia - lavava as roupas em sua residência e entregava posteriormente -, sendo que também efetivou modificações estruturais no apartamento (fl. 61 e 64) para poder alojar um número maior de pessoas, além de disponibilizar serviço de conexão à internet como forma de "agregar valor" a sua atividade.*

Note-se que *não há vinculação entre os "clientes" dos réus.*

Ora, *a ausência de vinculação entre os "clientes", a reforma do apartamento no sentido criar novos quartos e acomodar mais pessoas e o fornecimento de serviços é suficiente para caracterizar contrato de hospedagem, afastando a incidência de contrato de locação.*

Não bastasse, a alta rotatividade de pessoas também é indício da alegada hospedagem, o que não é permitido pela convenção do condomínio.

Aliás, ainda que não haja qualquer ilícito em lucrar com a unidade condominial - vide a possibilidade da celebração de contrato de locação - o fato de a demandada ter conseguido adquirir em curto espaço de tempo mais um apartamento, o qual também foi destinado à mesma atividade, *apenas reforça a tese de que a ré estaria realizando uma exploração comercial.*

Relevante também o fato de que a questão foi abordada anteriormente em assembléias do condomínio (fls. 10-12 e 68), nas quais resta evidenciada a discordância dos demais condôminos com a espécie de negócio realizada pela demandada nas unidades condominiais de que é proprietária.

E, *no cotejo entre os interesses individuais da parte-ré e o dos condôminos, deve prevalecer o interesse da coletividade, sobretudo no caso, em que, restou evidenciado desconforto com a situação narrada nos autos.*

Ademais, *inviável a destinação comercial de imóvel, cuja natureza deve ser apenas residencial, nos termos da convenção (art. 4º - fl. 14).*

Note-se que não se está negando à demandada a livre disposição de suas unidades, art. 1.335 do CC e art. 19 da Lei Federal 4.591/64, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.

Porém, não há como ignorar que *a disponibilização temporária e onerosa das unidades para terceiros, da forma como vinha sendo feita pela demandante - com o fornecimento de serviços e alta rotatividade de pessoas - é capaz de configurar a existência de contrato atípico de hospedagem, e não um contrato de locação, ainda que por temporada.*

Tal circunstância, repita-se, implica afronta à norma do condomínio quanto à destinação exclusivamente residencial das unidades.

Não bastasse, a parte-demandada sequer traz aos autos os alegados contratos de locação por temporada que estaria realizando com terceiros, prova de fácil produção e que poderia eventualmente levar ao acolhimento da tese defensiva.

Saliento ainda que o Juiz de Direito prolator da sentença teve o cuidado de julgar procedente o pedido com a ressalva de que *é plenamente possível à ré efetivar a locação de suas unidades, desde que observado o fim estritamente residencial*, isto é, sem a configuração de atividade comercial.

No mais, a *prova documental e testemunhal produzida nesta ação de obrigação de fazer foi diligentemente examinada pelo Juiz de Direito, Dr. Fernando Antonio Jardim Porto, na sentença, cujos fundamentos merecem ser transcritos como razão de decidir*, evitando desnecessária tautologia:

(...)

Com efeito, o contrato de locação é contrato típico, regido pelas disposições contidas na Lei 8.245/91. *Muito embora não conste nos autos minuta do contrato ofertado pela ré Mônica a terceiros - ou mesmo o anúncio por ela divulgado na "Internet" - seu depoimento pessoal, no ponto, revela algumas características, quais sejam: **prazo determinado, inicialmente de doze meses, o qual pode ser diminuído por acordo entre as partes; e o oferecimento de serviço de lavanderia e "Internet"**.*

Não obstante os argumentos trazidos na defesa, tenho que **o negócio jurídico proposto pela requerida Mônica a terceiros não se amolda à locação residencial (art. 47 da Lei de Locações) ou mesmo à locação por temporada (art. 48 e ss, do mesmo diploma legal retro mencionado). A um, porque esta última estabelece prazo máximo de 90 dias; a dois, porque o oferecimento de serviços não está incluído no rol de direitos e deveres de locador e locatário (arts. 22 a 26 da Lei 8.245/91).** (e-STJ, fls. 547/554)

Conforme se constata do panorama fático descrito pelas instâncias ordinárias e acima reproduzido em grande parte, o Condomínio autor, ora recorrido, não se volta propriamente contra a possibilidade de os réus realizarem contratação de aluguel de longa ou regular duração com terceiros. O Condomínio se diz prejudicado é pela específica prática dos ora recorrentes de disponibilizarem a terceiros hospedagem remunerada e de curta duração, de franca rotatividade, perturbando a rotina de um condomínio edilício residencial e trazendo insegurança àquela coletividade.

A inicial confirma a configuração acima. Veja-se:

Os requeridos são condôminos titulares respectivamente da *unidade 303 e 205 do Condomínio autor, sendo que há cerca de um ano, a conduta dos mesmos entrou em rota de colisão com os interesses da coletividade dos demais proprietários. Observaram os moradores e constatou o serviço de portaria do condomínio que nas unidades em questão era frequente a rotatividade de pessoas que se diziam estar lá hospedadas, inclusive, algumas delas de outros países. Logo, tais hospedes, com*

chave da portão de ingresso do condomínio, passaram a adentrar nos horários mais diversos, alguns inclusive na madrugada, o que causou apreensão principalmente em relação a segurança.

Assim o serviço de portaria do condomínio, sentiu-se no dever de solicitar mais algumas informações a estes *hospedes, que esclareceram, alguns estar de passagem pela cidade, outros, que estavam de transferência para cá, todos referindo que atendendo anúncios da internet, localizaram o serviço de hospedagem oferecidos pelos requeridos, pelo qual pagavam diárias ou valores por semana para lá residirem. Registre-se que em mais de uma oportunidade, hospedes da Sra. Monica, inicialmente desconhecidos, tentaram adentrar no condomínio, sequer identificando-se na portaria.*

A princípio informalmente, a Sra. Monica, genitora do segundo requerido, e quem administra a ocupação das referidas unidades, *negou a atividade comercial, ora afirmando que tratavam-se de amigos de seu filho, ora tratar-se de intercambio estudantil, inclusive sentindo-se supostamente ofendida, por alguns de seus convidados estarem sendo identificados quando do ingresso no condomínio. Como, cada unidade tem a capacidade de residir quatro a cinco pessoas, tendo inclusive o apartamento 205 sido recentemente remodelado para acomodar mais pessoas, com o passar do tempo e a rotatividade de "amigos" ficou insustentável para Sra. Monica, manter a alegação de que não estava mantendo no local uma atividade comercial de hospedaria.* Então devidamente orientada (cópia em anexo) passou a afirmar que apenas alugava quartos para complementar a sua renda e que tal atividade não constituía ilegalidade, pois outros condôminos alugavam apartamentos, e também ela estava exercendo o seu direito a propriedade.

Assim a Sr. Monica quis *passar por idênticas situações inteiramente distintas, qual seja a locação de apartamentos e serviço de hospedaria. A palavra hospedagem é derivada de hospedar, do latim hospitari, que significa residir temporariamente. (...)* Já o contrato de locações residenciais tem prazo maior (normalmente 30 meses) e via de regra formalizado por contrato expresso acompanhado de documentos e assegurado por garantias, onde cede-se o uso e gozo do imóvel, sendo que não poderá se reaver o bem neste período sendo tudo é regido por lei especial (Lei 8.245/91).

Mais do que a distinção formal de ambas as situações *os demais moradores do Condomínio Coorigha, passaram a sentir os prejuízos advindos dos serviços prestados pelos réus a terceiros, mormente no tocante a segurança.* É inquestionável que a vida dos condôminos, no que diz a segurança e paz de espírito, está sendo afetada com as constantes perturbações causadas pela utilização dada pelos condôminos requeridos à sua propriedade, *que impede os demais condôminos de desfrutarem da tranquilidade dentro da área condominial. Sentir-se lesado quando a cada curto período, existam novos os transeuntes nos corredores de acesso ao seu lar, nos dias de hoje com a insegurança que graça, longe de xenofobia, é prudência. (v. fls. 2 a 3 stj; grifou-se).*

Assim, nos termos do apurado pelas instâncias ordinárias, tem-se que os recorrentes, proprietários de duas unidades imobiliárias no condomínio edilício autor, *estariam promovendo, de modo informal e simplificado, a locação parcial desses dois apartamentos, alugando separadamente, por curtas temporadas, quartos ali existentes para diferentes pessoas sem vínculo entre si, em geral jovens em busca de hospedagem*. Alegam os promovidos, sem apresentar os contratos, celebrarem com aqueles terceiros *locação por temporada, com “prazo determinado, inicialmente de doze meses, o qual pode ser diminuído por acordo entre as partes”*, incluindo, em alguns casos, *“o oferecimento de serviço de lavanderia e ‘Internet’* (conf. sentença: e-STJ fl. 487, e acórdão, fl. 553).

No contexto, portanto, a hipótese dos autos se *equipara à nova modalidade de hospedagem, surgida nos dias atuais marcados pelos influxos da avançada tecnologia e pelas facilidades de comunicação e acesso proporcionadas pela rede mundial da internet, e que se vem tornando bastante popular, de um lado, como forma de incremento ou complementação de renda de senhores, e, de outro lado, de obtenção, por viajantes e outros interessados, de acolhida e abrigo de reduzido custo*.

Trata-se de *modalidade singela e inovadora de hospedagem de pessoas, sem vínculo entre si, em ambientes físicos de estrutura típica residencial familiar, exercida sem inerente profissionalismo por aquele que atua na produção desse serviço para os interessados, sendo a atividade comumente anunciada por meio de plataformas digitais variadas, tais como Airbnb, Alugue Temporada (Home Away), Vrbo, Booking e outros. As ofertas são feitas por proprietários ou possuidores de imóveis de padrão residencial, dotados de espaços ociosos, aptos ou adaptados para acomodar, com certa privacidade e limitado conforto, o interessado, atendendo, geralmente, à demanda de pessoas menos exigentes, como jovens estudantes ou viajantes, estes por motivação turística ou laboral, atraídos pelos baixos preços cobrados*.

Essa peculiar recente *forma de hospedagem* não encontra, ainda, clara definição doutrinária ou mesmo legislação reguladora no Brasil, e, registre-se, *não se confunde* com aquelas espécies tradicionais de locação, nem mesmo com aquela menos antiga, genericamente denominada de *aluguel por temporada*.

Tampouco a nova modalidade de hospedagem se enquadra dentre os usuais tipos de hospedagem ofertados, de modo formal e profissionalizado, por hotéis, pousadas, hospedarias, motéis e outros estabelecimentos da *rede tradicional provisora de alojamento, conforto e variados serviços à clientela, regida pela Lei 11.771/2008*.

Atentas a tais aspectos, frise-se, as instâncias ordinárias afastaram expressamente a hipótese de *locação por temporada*, sob o fundamento de que “*esta última ‘estabelece prazo máximo de 90 dias’*” (e-STJ, fl. 554 - acórdão), o que não teria sido verificado no caso concreto.

Ao contrário, nos termos do assinalado pelo eg. Tribunal de Justiça, ao referirem a prazo superior ao máximo admitido na lei para o aluguel por temporada, os ora recorrentes não teriam apresentado “*os alegados contratos de locação por temporada que estariam realizando com terceiros, prova de fácil produção e que poderia eventualmente levar ao acolhimento da tese defensiva*” (e-STJ, fl. 549).

Portanto, nos termos do consignado no v. acórdão recorrido, não obstante tenham os réus invocado, em sua defesa, a tese de que os contratos realizados seriam por temporada, deixaram de produzir a respectiva prova. E não o fizeram porque, certamente, as contratações que celebram são variadas e realizadas de modo informal, ajustadas às necessidades de hospedagem de cada contratante, especialmente quanto ao curto tempo de duração da estadia.

De fato, os réus, ora recorrentes, afirmam no recurso especial que “*alugam dormitórios para estudantes em um dos imóveis (locações continuadas pelo prazo de doze meses) e, no outro, locam o apartamento através de plataformas virtuais de aluguel de imóveis, como o Airbnb (locações por temporada)*” (e-STJ, fl. 567).

Ocorre que a divergência entre os litigantes não está em que os ora recorrentes possam alugar regularmente seus apartamentos por período de tempo mais duradouro a determinados inquilinos, mas sim na prática frequente e continuada de, mediante remuneração, admitirem e acolherem terceiros, estranhos entre si, em cômodos existentes nos apartamentos, por curtos períodos de tempo, com considerável rotatividade de ocupantes, ameaçando potencialmente a segurança das moradias situadas no edifício residencial.

Sobre a locação por temporada, estabelece o art. 48 da Lei de Locações, Lei 8.245/91:

Art. 48. *Considera-se locação para temporada aquela destinada à residência temporária do locatário, para prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras em seu imóvel, e outros fatos que decorrem tão-somente de determinado tempo, e contratada por prazo não superior a noventa dias, esteja ou não mobiliado o imóvel.*

Parágrafo único. No caso de a locação envolver imóvel mobiliado, constará do contrato, obrigatoriamente, a descrição dos móveis e utensílios que o guarnecem, bem como o estado em que se encontram.

Como se vê, diferentemente do caso sob exame, a locação por temporada não prevê aluguel informal e fracionado, de quartos existentes num imóvel, para hospedagem de distintas pessoas sem vínculo entre si, mas sim a locação plena e formalizada de imóvel adequado a servir de residência temporária para determinado locatário e, por óbvio, seus familiares ou amigos, por prazo não superior a noventa dias.

Acerca dos contratos de locação por temporada, ensina o ilustrado Professor SÍLVIO DE SALVO VENOSA:

Como existe um prazo determinado para essa modalidade de locação, noventa dias, há necessidade de contrato escrito. A locação verbal não pode reger esta situação, já que fica subordinada ao art. 47. [...] Na prática, porém, como se trata de locação excepcional e a prazo certo, se toma incompatível com o contrato verbal. Deve ao menos existir prova escrita de que se trata de locação por temporada.

(in Lei do Inquilinato Comentada: doutrina e prática: Lei 8.245, de 18-10-1991 / Sílvio de Salvo Venosa. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2014, p. 232/234).

Assim, mostra-se correto o entendimento das instâncias ordinárias de que os negócios jurídicos realizados pelos recorrentes não se enquadram nas hipóteses de locação previstas na Lei 8.245/91, configurando, na prática, *contrato atípico de hospedagem*.

Contrato atípico de hospedagem porque também inexistente, nas peculiares circunstâncias em que se dá a prestação do serviço, qualquer estrutura ou profissionalismo suficiente, exigidos na legislação pertinente, para a caracterização da atividade como empresarial e, assim, atrair a incidência da Lei 11.771/2008, referente ao turismo e à atividade de hospedagem típica.

Mas adiante, se examinará se a circunstância, corretamente reconhecida pelas instâncias ordinárias, caracteriza destinação contrária à Lei ou à convenção condominial, que prevê destinação residencial para os apartamentos.

Com efeito, a própria Lei do Inquilinato, Lei 8.245/91, ao delimitar seu campo de aplicação, exclui expressamente de seu alcance algumas espécies de locação, nos seguintes termos:

Art. 1º A locação de imóvel urbano regula-se pelo disposto nesta lei:

Parágrafo único. Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais:

a) as locações:

1. de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas;

2. de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos;

3. de espaços destinados à publicidade;

4. em *apart-hotéis, hotéis-residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar;*

b) o arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades.

Por sua vez, a Lei 11.771/2008, ao dispor sobre a Política Nacional do Turismo e outras disposições correlatas, refere ao turismo e à atividade de hospedagem, nos seguintes termos:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se *turismo as atividades realizadas por pessoas físicas durante viagens e estadas em lugares diferentes do seu entorno habitual, por um período inferior a 1 (um) ano, com finalidade de lazer, negócios ou outras.*

Parágrafo único. As viagens e estadas de que trata o caput deste artigo *devem gerar movimentação econômica, trabalho, emprego, renda e receitas públicas, constituindo-se instrumento de desenvolvimento econômico e social, promoção e diversidade cultural e preservação da biodiversidade.*

Art. 21. *Consideram-se prestadores de serviços turísticos, para os fins desta Lei, as sociedades empresárias, sociedades simples, os empresários individuais e os serviços sociais autônomos que prestem serviços turísticos remunerados e que exerçam as seguintes atividades econômicas relacionadas à cadeia produtiva do turismo:*

I - meios de hospedagem;

II - agências de turismo;

III - transportadoras turísticas;

IV - organizadoras de eventos;

V - parques temáticos; e

VI - acampamentos turísticos.

Parágrafo único. Poderão ser cadastradas no Ministério do Turismo, atendidas as condições próprias, as sociedades empresárias que prestem os seguintes serviços:

Art. 22. *Os prestadores de serviços turísticos estão obrigados ao cadastro no Ministério do Turismo, na forma e nas condições fixadas nesta Lei e na sua regulamentação.*

§ 1º As filiais são igualmente sujeitas ao cadastro no Ministério do Turismo, exceto no caso de estande de serviço de agências de turismo instalado em local destinado a abrigar evento de caráter temporário e cujo funcionamento se restrinja ao período de sua realização.

§ 2º O Ministério do Turismo expedirá certificado para cada cadastro deferido, inclusive de filiais, correspondente ao objeto das atividades turísticas a serem exercidas.

§ 3º *Somente poderão prestar serviços de turismo a terceiros, ou intermediá-los, os prestadores de serviços turísticos referidos neste artigo quando devidamente cadastrados no Ministério do Turismo.*

§ 4º O cadastro terá validade de 2 (dois) anos, contados da data de emissão do certificado.

§ 5º O disposto neste artigo não se aplica aos serviços de transporte aéreo.

Art. 23. *Consideram-se meios de hospedagem os empreendimentos ou estabelecimentos, independentemente de sua forma de constituição, destinados a prestar serviços de alojamento temporário, ofertados em unidades de frequência individual e de uso exclusivo do hóspede, bem como outros serviços necessários aos usuários, denominados de serviços de hospedagem, mediante adoção de instrumento contratual, tácito ou expresso, e cobrança de diária.*

§ 1º *Os empreendimentos ou estabelecimentos de hospedagem que explorem ou administrem, em condomínios residenciais, a prestação de serviços de hospedagem em unidades mobiliadas e equipadas, bem como outros serviços oferecidos a hóspedes, estão sujeitos ao cadastro de que trata esta Lei e ao seu regulamento.*

§ 2º Considera-se prestação de serviços de hospedagem em tempo compartilhado a administração de intercâmbio, entendida como organização e permuta de períodos de ocupação entre cessionários de unidades habitacionais de distintos meios de hospedagem.

§ 3º Não descaracteriza a prestação de serviços de hospedagem a divisão do empreendimento em unidades hoteleiras, assim entendida a atribuição de natureza jurídica autônoma às unidades habitacionais que o compõem, sob titularidade de diversas pessoas, desde que sua destinação funcional seja apenas e exclusivamente a de meio de hospedagem.

§ 4º *Entende-se por diária o preço de hospedagem correspondente à utilização da unidade habitacional e dos serviços incluídos, no período de 24 (vinte e quatro) horas, compreendido nos horários fixados para entrada e saída de hóspedes.*

Comentando as transcritas disposições da Lei do Inquilinato, com reflexos na Lei de Turismo acima, esclarece o Professor SÍLVIO VENOSA:

A Lei é expressa em excluir de seu alcance os apart-hotéis, hotéis-residência ou equiparados. São novas formas jurídicas que vicejam principalmente nos grandes centros. Os chamados apart-hotéis têm forma de ocupação diferenciada da locação.

*A própria Lei especifica que assim se entendem aqueles locais que **prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar**. Essa nova forma de locação está a merecer atenção do legislador. Cuida-se de contrato de hospedagem, com princípios próprios, mormente se de longa duração.*

Os apart-hotéis, também denominados flat services, surgem para uma porção diferenciada da população, de maior poder aquisitivo. *Servem para atender necessidade de estada mais ou menos longa, podendo até mesmo caracterizar moradia, residência ou domicílio do usuário, mas sem a conotação de locação para a Lei do Inquilinato. A natureza e destinação desses prédios é que os coloca fora da Lei do Inquilinato. Esses serviços de que fala a Lei são os usuais do ramo hoteleiro, com maior ou menor sofisticação, de acordo com o nível apresentado. No entanto, a Lei exige que para a caracterização desse fenômeno existam os serviços, tais como fornecimento de refeições, limpeza diária e arrumação da unidade, portaria, mensageiros etc. postos efetivamente à disposição dos hóspedes. O contrato que une o usuário do flat e a administração ou proprietário é de hospedagem e não de locação. E uma hospedagem diferenciada dos hotéis em geral, mas não é locação. **Um imóvel desse tipo deve ser legalmente autorizado a funcionar. Ademais, em se tratando de prédio com unidades autônomas, a convenção de condomínio deve especificar a finalidade, ou então ato posterior aprovado em assembleia.** Quando o edifício pertence a um só proprietário, é ele quem fixa sua destinação. Normalmente as unidades de um apart-hotel pertencem a proprietários diversos que outorgam a um administrador o relacionamento hoteleiro com terceiros, ou seja, os hóspedes. Nada impede, contudo, que uma unidade seja diretamente administrada pelo proprietário sem que com isso se lhe retire a finalidade. *Importa examinar as condições do caso concreto para que não haja abusos, nem por parte do morador de um imóvel nessas condições, pretendendo levar a relação jurídica para a Lei do Inquilinato, que o protege, nem por parte do proprietário do bem, buscando a situação contrária. Desse modo, não é pelo simples fato de o prédio ser um flat ou apart-hotel que se exclui sumariamente a aplicação da Lei do Inquilinato. Quando existe na relação um contrato típico de locação de imóveis para fim residencial, pode ser aplicada a presente lei, incluindo a ação de despejo. De outra forma, estaria acobertada a fraude, com a fuga intencional das partes a uma lei cogente. Importa sempre verificar as condições do caso concreto.**

Nesse diapasão, manifesta-se **Francisco Antonio Casconi**, em obra coletiva, de autoria de membros magistrados do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

Se, contudo, se verificar que a moradia é o ponto fulcral da relação jurídica, com animus de continuidade (ocupação da unidade pela

mesma pessoa por vários meses) difícil afastar a lei inquilinária, pelo menos quanto a possibilidade de adotar-se a ação de despejo e não a reintegração de posse para sua retomada. Inarredável a necessidade de impedir que empreendimentos utilizem as vantagens advindas do ajuste atípico e, concomitantemente, a legislação locatícia, ao interesse pessoal e econômico de cada um. Há que definir até que ponto o aspecto hospedagem e hotelaria predomina ou se, do contrário, a finalidade precípua é efetiva moradia com serviços mais diferenciados do que aqueles postos à disposição em condomínios puros, para, então, aplicar-se a legislação civil ou especial, o que não dispensa a ação de despejo (Casconi-Amorim, coord., 2004:71).

O contrato de hospedagem, atípico, se caracteriza pela exploração de um imóvel ou parte dele destinado a dar habitação temporária. Jorge Mosset Iturraspe (1988:61) entende que esse contrato deve reunir as seguintes características: o imóvel destinado deve ser hábil para a finalidade ou ter a correspondente autorização legal de funcionamento; deve dar aos ocupantes ou hóspedes, além do uso das unidades predeterminadas, serviços tais como luz, telefone, camareira, água corrente, mobília, utensílios de toalete, roupa de cama, portaria e limpeza. Além desses serviços os hotéis residenciais oferecem também cozinha equipada. Há pois nesses estabelecimentos um plus àquilo que ordinariamente é oferecido pelos hotéis: enquanto nos hotéis geralmente as unidades se compõem unicamente de dormitório e banheiro, os ditos flats oferecem um apartamento completo. Fora esse aspecto material, formalmente o contrato de hospedagem entre uma e outra modalidade não se diferencia. Denomina-se também contrato de hotelaria. Nesse contrato existe o depósito necessário das bagagens dos viajantes (art. 649, CC/02). No entanto, como nos apart-hotéis há serviços e utilizações diferenciadas, a tendência é considerar o contrato de apart-hotel como forma diversa de contrato atípico, distinta do contrato de hotelaria em geral, a qual está a merecer disciplina legal.

(in Lei do Inquilinato Comentada: doutrina e prática: Lei n. 8.245, de 18-10-1991 / Sílvio de Salvo Venosa. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2014, p. 17/19).

Nesse mesmo sentido é a lição do festejado Professor SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA:

O critério aferidor da exceção é a prestação regular de serviços aos usuários, tais como, por exemplo, lavanderia, arrumação dos quartos, restaurantes, central de recados, sala de jogos ou reuniões etc. Deve haver uma conjugação de dois contratos típicos, um de locação de coisa, e outro de prestação de serviços, a gerar um terceiro, que não se subordina à legislação inquilinatória.

.....

Além da prestação de serviços regulares aos usuários, é preciso, para caracterizar o apart-hotel ou equiparado, que tenha sido autorizado a funcionar como tal, o que reduz, ainda mais, a possibilidade de fraude. Aplica-se, aqui, a legislação disciplinadora das atividades turísticas. O apart-hotel residencial ou flat, bem como os equiparados, terão de estar regularmente registrados na Embratur, e terão de ser administrados obrigatoriamente por uma empresa hoteleira, como tal regularizada no órgão competente. A locação das unidades, mesmo aquelas pertencentes a pessoas naturais, é feita por um pool, administrado pela empresa hoteleira. (in A Nova Lei do Inquilinato Comentada / Sylvio Capanema de Souza. - Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 12).

Na hipótese, mostrou-se incontroverso, como já afirmado, que os recorrentes, proprietários de três unidades imobiliárias no condomínio edilício recorrido estariam promovendo a locação fracionada, parcial, de dois de seus imóveis – alugando, separadamente, para distintas pessoas, quartos existentes em cada unidade habitacional, disponibilizando serviço de *internet* e de lavanderia (conf. sentença: e-STJ, fl. 487).

Esse contexto, data venia, descaracteriza a locação por temporada e configura contrato de hospedagem, na modalidade atípica já tratada.

É também o entendimento de SÍLVIO VENOSA, em seus comentários à Lei 8.245/91:

Esta lei amplia consideravelmente a compreensão da locação por temporada. Vem a situação corretamente disciplinada em título autônomo. Não se exige mais que o locatário resida em outra cidade. A temporada no imóvel pode ser decorrente, por exemplo, de reforma em seu próprio imóvel ou, embora se tratando de locação no mesmo domicílio, para realização de curso ou tratamento de saúde próximo ao estabelecimento de ensino ou hospitalar. Essa inovação não constava do projeto original, que se restringia à forma clássica de lazer (prédios situados na orla marítima ou estação climática), com prazo de locação de apenas dois meses.

Essa ampliação foi positiva e vem em socorro de situações transitórias, para atender a interesses tanto do locador como do locatário nessas condições. A própria lei dá ao julgador instrumentos para coibir eventual fraude com base no dispositivo.

Como existe um prazo determinado para essa modalidade de locação, noventa dias, há necessidade de contrato escrito. A locação verbal não pode reger esta situação, já que fica subordinada ao art. 47. A redação original remetida à Câmara continha a exigência expressa de contrato escrito. Melhor seria que se mantivesse a exigência no texto. *Na prática, porém, como se trata de locação excepcional e a prazo certo, torna-se incompatível com o contrato verbal. Deve ao menos existir prova escrita de que se trata de locação por temporada. A jurisprudência deve usar*

da devida temperança na exigência dessa prova, como um recibo bem elaborado, em que conste a finalidade da temporada, o que poderá ser suficiente para sua comprovação, acrescentando-se a isso as circunstâncias fáticas dessa avença. Ademais, o parágrafo único do dispositivo refere-se ao rol de móveis e utensílios que devem integrar o contrato, o que reforça a necessidade de pacto por escrito. Deve, aliás, constar do contrato qual a finalidade da locação, se lazer, estudos, tratamento de saúde etc., porque isso poderá ter influência na resilição, como examinaremos no comentário ao art. 50.

Lembre-se do que falamos no capítulo 1 desta obra sobre a hospedagem de curta duração no sistema Airbnb ou congêneres. Nessa modalidade de cessão do imóvel, por meio de plataforma digital, a situação prende-se a uma modalidade de hospedagem e não se coaduna com a locação por temporada, na forma presente nesta lei. De qualquer modo, há necessidade de legislação específica para essa modalidade de hospedagem que vem se tornando cada vez mais usual nas últimas décadas. De plano, contudo, diga-se que na hospedagem, a qualquer título, o meio processual de retomada é a ação possessória, e não a ação de despejo.

[...]

Em razão da natureza excepcional e do curto prazo nesta modalidade de locação, o aluguel de todo o período pode ser exigido antecipadamente, não tipificando a contravenção do art. 43, III, já examinado. Como estampado no artigo anterior, não pode o preço cobrado exceder a noventa dias. Cobrança superior a esse período descaracteriza a temporada e torna a locação residencial, como regra geral.

(Lei do Inquilinato Comentada / doutrina e pratica: Sílvio de Salvo Venosa. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2020 - p. 304-306)

Realmente, ainda que se verifique a existência de vários contratos concomitantes, escritos ou não, relativos a partes do mesmo imóvel residencial, conforme o número de quartos alugados a pessoas distintas, e com prazos de estada diferentes, assim como o oferecimento ou disponibilização de singelos serviços de lavanderia e *internet*, não se pode falar em *contrato típico de hospedagem*, ao menos nos termos em que definido pela legislação vigente, mas sim de *contrato atípico*, conforme consignado no v. acórdão recorrido.

Como registram GUSTAVO TEPEDINO e CARLOS NELSON KONDER ao discorrerem sobre a *classificação dos contratos*:

A classificação dos contratos em *típicos* e *atípicos* diz respeito à aptidão do contrato para ser reconduzido a determinado modelo previsto pelo legislador, que lhe reserva normas específicas. A esse modelo teórico dá-se a denominação

de tipo, noção frequentemente utilizada no âmbito dos contratos para facilitar o processo de qualificação, com a conseqüente determinação das normas aplicáveis. Dessa forma, os contratos que puderem ser incluídos em um determinado modelo abstrato são considerados típicos, o que conduz à aplicação das normas específicas para aquele tipo contratual. Isso não afasta a liberdade para celebrar contratos que não possam ser assimilados em um modelo geral preexistente, como prevê o art. 425 do Código Civil. Observados os requisitos e princípios gerais aplicáveis aos contratos, serão eles válidos e igualmente vinculantes, não havendo, nessas hipóteses, indicação *a priori* de normas específicas aplicáveis.

.....

Sem retirar o papel importante que tem o legislador nesse processo de tipificação deve-se reconhecer que a maioria dos tipos tem origem em construções sociais espontâneas, fruto da riqueza da vida cotidiana, da diversidade de interesses em jogo e da complexidade das operações econômicas, que conduzem os particulares, no exercício de sua autonomia, a recorrerem a novos modelos e formas que se revelem mais adequados para a satisfação das finalidades que buscam atingir. Assim, a grande maioria dos tipos contratuais já existiu como praxe social antes de sua expressa previsão legislativa. Alude-se, por tal circunstância, à tipicidade social do contrato, ao lado de sua tipicidade legal. O legislador por vezes se antecipa, como forma de atuar a função promocional do direito junto à realidade social, mas normalmente os tipos, ao menos na sua versão inicial, são obtidos por indução, de modo que o catálogo de modelos normatizados não é criado *ex novo*.

(in Contratos – Fundamentos do Direito Civil, vol. 3, Forense, Gen, 2020, p. 67 a 69).

No caso dos autos, tem-se um *contrato atípico de hospedagem*, expressando uma nova modalidade, singela e inovadora de hospedagem de pessoas, sem vínculo entre si, em ambientes físicos de padrão residencial e de precário fracionamento para utilização privativa, de limitado conforto, exercida sem inerente profissionalismo por proprietário ou possuidor do imóvel, sendo a atividade comumente anunciada e contratada por meio de plataformas digitais variadas.

Apreciando essa *nova modalidade de negócio*, o ilustrado Professor SÍLVIO DE SALVO VENOSA, em artigo recente, publicado em 19/fev/2019 - *também referido no voto do eminente relator* -, destaca sua operação por via de plataforma virtual digital, aduzindo:

(...) Esse sistema consiste em uma *plataforma on line de hospedagem* pela qual os interessados podem se *hospedar* em quarto ou imóvel inteiro (casa ou

apartamento) por curta temporada. Utiliza um imóvel normal e não uma pousada ou local específico para hospedagens. O sistema possui uma classificação do hóspede por estrelas. Os pagamentos são realizados por plataforma de crédito.

(<https://www.migalhas.com.br/depeso/296505/condominios-e-airbnb>)

De fato, termos como *hospedagem*, *acomodação*, *anfitrião*, *viajante*, *hóspedes*, e outros, parecem mesmo fazer parte da concepção desse novo tipo de negócio, conforme destacado pela própria empresa *Airbnb*, que, em seu sítio eletrônico (*site*), apresenta-se ao público e anuncia o negócio, que incrementa e apoia, nos seguintes termos:

O Airbnb é uma plataforma de acomodação que conecta viajantes a pessoas ou empresas que têm espaço disponível para aluguel (<https://www.airbnb.com.br/help/article/2588/hospedagem-respons%C3%A1vel-no-brasil>)

Embarque em uma nova aventura

Ao hospedar, você pode aproveitar a flexibilidade de ser seu próprio chefe, ganhar uma renda extra e criar laços para a vida toda.

Explore o mundo das hospedagens

Hospede com confiança

Temos de tudo para que você seja um sucesso: atendimento 24h, uma comunidade de anfitriões prestativa, ferramentas personalizadas, informações relevantes, material educativo, e muito mais.

Como ajudamos os anfitriões

Assim, o *contrato atípico de hospedagem* sob exame configura atividade aparentemente lícita, desde que não contrarie a Lei de regência do contrato de hospedagem típico, regulado pela Lei 11.771/2008, como autoriza a norma do art. 425 do Código Civil, ao dizer: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

Cabe agora examinar se o *contrato atípico de hospedagem* caracterizaria destinação comercial ou não residencial aos imóveis, contrariando a convenção condominial, que prevê destinação residencial para os apartamentos.

Como se viu, pretende o Condomínio autor da ação obstar que os recorrentes, proprietários das unidades autônomas em questão, aluguem seus imóveis de forma fracionada, por curtas temporadas, para pessoas diversas, sem vínculo entre si, sob o fundamento de que tal forma de locação viola a Lei e a convenção condominial, alterando a destinação residencial do imóvel.

Nos termos do art. 1.228 do Código Civil de 2002, o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor livremente da coisa, desde que em consonância com suas finalidades econômicas e sociais.

No caso específico de unidade condominial, devem ser observadas as regras dos arts. 1.332 a 1.336 do CC/2002, que, por um lado, reconhecem ao proprietário o direito de usar, fruir e dispor livremente de sua unidade e, de outro, impõem o dever de observar sua destinação e usá-la de maneira não abusiva, com respeito à Convenção Condominial, nos seguintes termos:

Art. 1.332. *Institui-se o condomínio edilício por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, devendo constar daquele ato, além do disposto em lei especial:*

I - a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns;

II - a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e partes comuns;

III - o fim a que as unidades se destinam.

Art. 1.333. *A convenção que constitui o condomínio edilício deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais e torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção.*

Parágrafo único. *Para ser oponível contra terceiros, a convenção do condomínio deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis.*

Art. 1.334. *Além das cláusulas referidas no art. 1.332 e das que os interessados houverem por bem estipular, a convenção determinará:*

I - a quota proporcional e o modo de pagamento das contribuições dos condôminos para atender às despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio;

II - sua forma de administração;

III - a competência das assembleias, forma de sua convocação e quorum exigido para as deliberações;

IV - as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores;

V - o regimento interno.

§ 1º *A convenção poderá ser feita por escritura pública ou por instrumento particular.*

§ 2º *São equiparados aos proprietários, para os fins deste artigo, salvo disposição em contrário, os promitentes compradores e os cessionários de direitos relativos às unidades autônomas.*

Art. 1.335. *São direitos do condômino:*

I - *usar, fruir e livremente dispor das suas unidades;*

II - *usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais compossuidores;*

III - *votar nas deliberações da assembléia e delas participar, estando quite.*

Art. 1.336. *São deveres do condômino:*

I - *contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção;*

II - *não realizar obras que comprometam a segurança da edificação;*

III - *não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas;*

IV - *dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.*

§ 1º O condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito.

§ 2º O condômino, que não cumprir qualquer dos deveres estabelecidos nos incisos II a IV, pagará a multa prevista no ato constitutivo ou na convenção, não podendo ela ser superior a cinco vezes o valor de suas contribuições mensais, independentemente das perdas e danos que se apurarem; não havendo disposição expressa, caberá à assembléia geral, por dois terços no mínimo dos condôminos restantes, deliberar sobre a cobrança da multa.

Nesse mesmo sentido é o art. 19 da Lei 4.591/64, que dispõe:

Art. 19. *Cada condômino tem o direito de usar e fruir, com exclusividade, de sua unidade autônoma, segundo suas conveniências e interesses, condicionados, umas e outros às normas de boa vizinhança, e poderá usar as partes e coisas comuns de maneira a não causar dano ou incômodo aos demais condôminos ou moradores, nem obstáculo ou embaraço ao bom uso das mesmas partes por todos.*

Como se vê, o proprietário de imóvel em condomínio edilício pode, em princípio, usar e fruir de sua unidade da forma como melhor lhe aprouver, desde que em consonância com a legislação e as regras e convenções condominiais.

De fato, cabe lembrar, são de aplicação geral a todos os proprietários de imóveis, de quaisquer natureza, aquelas *limitações* inerentes aos *direitos de vizinhança*, que caracterizem *uso anormal da propriedade*, como dispõe o Código Civil em seus:

Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio *tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.*

Parágrafo único. *Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.*

Art. 1.278. O direito a que se refere o artigo antecedente não prevalece quando as interferências forem justificadas por interesse público, caso em que o proprietário ou o possuidor, causador delas, pagará ao vizinho indenização cabal.

Art. 1.279. Ainda que por decisão judicial devam ser toleradas as interferências, poderá o vizinho exigir a sua redução, ou eliminação, quando estas se tornarem possíveis.

É de fácil compreensão, pois decorre do contexto conjugado com outros em que necessariamente situado o imóvel em condomínio vertical, que as possibilidades de uso e fruição do bem pelo proprietário serão algo menos amplas (ou mais restritas) que aquelas tocantes ao proprietário de imóvel de construção horizontal e mais afastada de outros prédios vizinhos, pertencentes a terceiros. Veja-se, por exemplo, que a realização de obras, as simples mudanças de posicionamento de móveis e utensílios que guarnecem a casa, a fixação de quadros em paredes, e outras atividades ordinárias de uso e gozo de um imóvel horizontal mais isolado da vizinhança, poderão ser realizadas a qualquer tempo, segundo as conveniências do proprietário, enquanto num apartamento residencial ou mesmo numa sala comercial em condomínio edilício essas atividades, que afetam o sossego, estarão submetidas a dia e horário próprios, preestabelecidos na convenção.

Do mesmo modo, o transitar de pessoas, entrando e saindo, de uma moradia em prédio horizontal e isolado poderá fazer-se com a liberdade que ditar o proprietário, enquanto que num imóvel situado em condomínio edilício essas movimentações, que afetam a segurança, deverão observar as cautelas e formalidades razoavelmente dispostas nas normas condominiais.

Atento a esses aspectos inerentes, o Código Civil, nos artigos transcritos, concede **autonomia e força normativa** à convenção de condomínio regularmente aprovada e registrada no Cartório de Registro de Imóveis competente.

Assim, o direito do proprietário condômino usar, gozar e dispor livremente do seu bem imóvel, nos termos dos arts. 1.228 e 1.335 do Código Civil de 2002 e 19 da Lei 4.591/64, deve harmonizar-se com os direitos relativos à

segurança, ao sossego e à saúde das demais múltiplas propriedades abrangidas no Condomínio, de acordo com as razoáveis limitações aprovadas pela maioria de condôminos, pois são limitações concernentes à natureza da propriedade privada em regime de condomínio edilício.

Conforme leciona CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

A Convenção de Condomínio, como direito estatutário da comunidade (Gurvitch) ou direito corporativo (Planiol, Ripert et Boulanger), contém precipuamente as disposições que condizem com o particular interesse dos condôminos, que têm liberdade de estipular o que melhor lhes convenha, desde que não transponha as disposições imperativas ou proibitivas da lei. Se eventualmente alguma disposição ofender um mandamento legal, não obriga, nem pode gerar consequências (Marcelo Andreolli). Como, entretanto, uma vez aprovada, adquire força obrigatória, cabe ao interessado em que não prevaleça a norma contraveniente à lei prover a sua invalidação pela via judicial' (PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil - Vol. IV / Atul. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho - 25. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 186).

No mesmo sentido, a jurisprudência desta Corte:

Condomínio edilício. Recurso especial. Quorum para alteração do Regimento Interno de Condomínio. Matéria que deve ser disciplinada pela Convenção de Condomínio, com a vigência da Lei n. 10.931/2004, que alterou a redação do art. 1.531 do Código Civil, conferindo, no ponto, liberdade para que a convenção condominial discipline a matéria. Admissão de alteração do regimento interno por maioria simples dos condôminos, em inobservância à norma estatutária. Descabimento.

1. O art. 1.333 do Código Civil, ao dispor que a convenção que constitui o condomínio edilício torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção, não tem, assim como toda a ordem jurídica, a preocupação de levantar paredes em torno da atividade individual. É intuitivo que não pode coexistir o arbítrio de cada um com o dos demais, sem uma delimitação harmônica das liberdades, por isso, na verdade, o direito delimita para libertar: quando limita, liberta. (REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 64)

2. Com efeito, para propiciar a vida em comum, cabe aos condôminos observar as disposições contidas na convenção de condomínio, que tem clara natureza estatutária. Nesse passo, com a modificação promovida no art. 1.351 Código Civil, pela Lei n. 10.931/2004, o legislador promoveu ampliação da autonomia privada, de modo que os condôminos pudessem ter maior liberdade no que tange à alteração do regimento interno; visto que, à luz dos arts. 1.334, III e V, do Código Civil e art. 9º da Lei n. 4.591/1964, é matéria a ser disciplinada pela convenção de condomínio.

3. No caso em julgamento, a pretendida admissão de quorum (maioria simples), em dissonância com o previsto pelo estatuto condominial - que prevê maioria qualificada (dois terços dos condôminos) -, resultaria em violação da autonomia privada, princípio constitucionalmente protegido

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1.169.865/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 13/08/2013, DJe de 02/09/2013)

Civil e Processual Civil. Recurso especial. Recurso manejado sob a égide do NCCPC. *Condomínio. Convenção condominial devidamente registrada. Natureza jurídica institucional normativa. Cláusula compromissória arbitral. Novo condômino. Subordinação à Convenção. Incompetência do Juízo estatal. Doutrina. Precedentes. Recurso especial não provido.*

1. O recurso ora em análise foi interposto na vigência do NCCPC, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos 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.

2. A matéria discutida no âmbito da Convenção de condomínio é eminentemente institucional normativa, não tendo natureza jurídica contratual, motivo pelo qual vincula eventuais adquirentes. Diz respeito aos interesses dos condôminos e, como tal, não se trata de um contrato e não está submetida às regras do contrato de adesão. Daí a desnecessidade de assinatura ou visto específico do condômino.

3. *Diante da força coercitiva da Convenção Condominial com cláusula arbitral, qualquer condômino que ingressar no agrupamento condominial está obrigado a obedecer às normas ali constantes. Por consequência, os eventuais conflitos condominiais devem ser resolvidos por arbitragem.*

4. Havendo cláusula compromissória entabulada entre as partes elegendo o Juízo Arbitral para dirimir qualquer litígio envolvendo o condomínio, é inviável o prosseguimento do processo sob a jurisdição estatal.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1.733.370/GO, Rel. p/ acórdão Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 26/06/2018, DJe de 31/08/2018)

A propósito da possibilidade de restrição do uso das unidades em condomínios estritamente residenciais para fins de hospedagem por meio de plataformas digitais, anota o ilustre Professor SÍLVIO DE SALVO VENOSA, naquele referido artigo recentemente divulgado na publicação especializada eletrônica Migalhas:

Na ampla problemática dos condomínios e empreendimentos assemelhados como loteamentos fechados, avulta mais recentemente a questão da hospedagem curta proporcionada pelo sistema denominado Airbnb.

Esse sistema consiste em uma plataforma on line de hospedagem pela qual os interessados podem se hospedar em quarto ou imóvel inteiro (casa ou apartamento) por curta temporada. Utiliza um imóvel normal e não uma pousada ou local específico para hospedagens. O sistema possui uma classificação do hóspede por estrelas. Os pagamentos são realizados por plataforma de cartão de crédito.

O maior entrave para a utilização generalizada dessa modalidade diz respeito aos condomínios estritamente residenciais. Esta, como inúmeras inovações sociais trazidas nesta contemporaneidade, gera inquietação aos moradores, principalmente pela quebra de segurança, sem falar na interferência do sossego e no eventual tumulto da vida condominial.

Não existe ainda uma regulamentação legal e nem uma proibição expressa na lei. Em princípio o instituto seria regulado pela Lei 11.771/08, que trata da hospedagem para turismo, mas essa lei está voltada para estabelecimentos de hotelaria. Não se amolda, em absoluto, para conjuntos residenciais comuns. A lei do inquilinato (arts. 48 a 50 da Lei 8.245/91) prevê a locação por temporada por até noventa dias, mas dirige-se a outra classe de inquilinos e não a hóspedes. A locação por temporada se destina a lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras no imóvel do locatário e situações símiles, como dispõe o art. 48. Porém, há que se ressaltar que na locação por temporada há locatários e não hóspedes. Essa compreensão é fundamental. A locação por temporada somente se perfaz com contrato escrito, pois exige o prazo determinado, sendo incompatível o contrato verbal.

Nos condomínios a situação do Airbnb e congêneres, que certamente surgirão no mundo globalizado, o "hospedeiro" está locando não apenas sua unidade, mas toda parte comum do condomínio. A primeira questão já se posta para esses hospedes no tocante à utilização dos bens de uso comum como piscinas, salão de festas, sala de ginástica etc. Já aqui surge uma inquietação compreensível dos condôminos em sua vida social e não apenas sob o aspecto da segurança.

O zelador e o síndico não são recepcionistas hoteleiros e não estão preparados para tal, não sendo esse seu mister.

Os condomínios estritamente residenciais não têm permissão para explorar comercialmente suas unidades, caracterizando essa hospedagem como um desvio de finalidade, para dizer o mínimo.

Os condôminos atingidos por essa situação devem decidir em assembleia sobre a proibição, até que se faça expressamente menção do fato em alteração da convenção, embora tecnicamente não nos pareça necessário, ainda que seja mais conveniente para espargir dúvidas, pois não se sabe por ora para onde baloçam exatamente os ventos dos tribunais.

Não resta dúvida, contudo, que a questão é sensível e polêmica, exigindo pronta intervenção do intérprete.

Caberá ao síndico a primeira palavra no sentido de impedir a entrada e saída de pessoas, que irão certamente tumultuar a vida condominial. Uma deliberação assemblear para respaldar o síndico será, em princípio, a primeira medida, com ampla divulgação aos partícipes da vida condominial.

Note que essa discussão não causa problemas apenas entre nós, mas também no exterior.

Se levarmos a questão para o nível constitucional, tudo girará em torno da função social da propriedade. Mormente nos condomínios de apartamentos e assemelhados, os poderes do proprietário encontram maiores restrições legais e de equidade, pela própria natureza dessa modalidade de propriedade. Cada propriedade deve ser utilizada de acordo com sua função social.

Destarte, parece-nos evidente que a utilização desses condomínios não pode ter função de hotelaria, por sua própria natureza, por não estar destinado a tal, porque não tem mínimas condições de atuar nesse ramo, que tem finalidade lucrativa. Todavia, por vezes o caso concreto terá particularidades que mereçam melhor estudo, o que não deve alterar a regra geral que aqui expomos, com o devido respeito às vozes dissonantes. A aplicação do Direito exige sempre bom senso e equilíbrio, mormente levando-se em conta que a acomodação legislativa desse fato social ainda levará algum tempo.

A solução mais eficiente nos parece ser a previsão ou proibição de hospedagem pela natureza do condomínio na sua convenção. A verdade patente é que o condomínio estritamente residencial não se amolda e esse tipo de hospedagem.

*A insistência em utilizar essa hospedagem sem o aval do condomínio é infração à sua finalidade, acarretando ao condômino recalcitrante a tipificação de antissocial, sujeitando-o às penalidades definidas no CC (arts. 1.226, 2º e 1.337). Analisamos detidamente essas hipóteses e penalidades em nossa obra *Direitos Reais* (cap. 15).*

A convivência em edifícios e condomínios é muito mais complexa do que simples direitos de vizinhança. Os primeiros julgados sobre o tema têm sufragado majoritariamente a opinião aqui exposta. Alentado parecer da OAB/SP - Comissão Especial de Direito Condominial, é da mesma opinião.

Aguardemos que as partes que eventualmente conflitem nessa área consigam a melhor solução.

(<https://www.migalhas.com.br/depeso/296505/condominios-e-airbnb>)

Portanto, existindo na Convenção de Condomínio regra impondo *destinação residencial*, mostra-se indevido o uso das unidades particulares que, por sua natureza, implique o desvirtuamento daquela finalidade residencial (CC/2002, arts. 1.332, III, e 1.336, IV).

Não obstante isso, ressalva-se a possibilidade de que os próprios condôminos de um condomínio edilício residencial deliberem em assembleia, por maioria qualificada (de *dois terços das frações ideais*), permitir a utilização das unidades condominiais para fins de hospedagem, por intermédio de plataformas digitais ou outra modalidade de oferta, ampliando seu uso para além do estritamente residencial e, posteriormente, incorporem essa modificação à Convenção do Condomínio.

Na hipótese, a regra do art. 4º da Convenção do Condomínio autor - expressamente mencionada no v. acórdão recorrido - prevê a finalidade residencial das unidades condominiais, nos seguintes termos:

Art. 4º - As unidades autônomas destinam-se a fins residenciais. (fl. 14)

Com isso, fica o condômino obrigado a “*dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação*” (CC, art. 1.336, IV), ou seja, *destinação residencial*, carecendo de expressa autorização para dar destinação diversa, inclusive para a relativa à hospedagem remunerada, por via de contrato atípico.

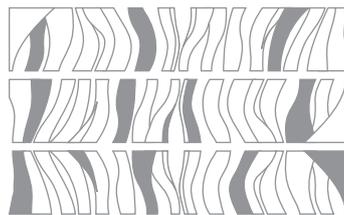
Nessa linha de intelecção, procede a pretensão do Condomínio Edifício autor de, com base na Convenção condominial, vedar o uso das unidades condominiais para fins de hospedagem remunerada, com múltipla e concomitante locação de aposentos existentes nos apartamentos, a diferentes pessoas, por curta temporada.

A forma de utilização do imóvel pretendida pelos recorrentes altera a finalidade residencial do Edifício, exigindo relevantes adaptações na estrutura de controle de entrada e saída de pessoas e veículos do prédio, sob pena de ensejar potencial ameaça à segurança e ao sossego de todos.

Apenas para ilustrar e facilitar a compreensão, exemplifica-se: o ingresso equivocado de pessoas, devido a compreensível engano do porteiro pela dificuldade de controle de movimentação de entrada e saída, disponibiliza para aproveitadores oportunidade para arrombamento fácil de apartamentos fechados em razão de viagem de condômino ou para outras formas de roubo, até mais violentas. Sem falar em outros crimes.

Com essas considerações, peço vênica para divergir, *negando provimento ao recurso especial*.

É o voto.



Terceira Seção

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 175.033-GO (2020/0249766-3)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Suscitante: Carlos Eduardo Pereira da Costa

Advogados: Joao Carlos Tomas dos Santos - GO047940

Rodrigo Rizzo Vasques Filho - GO055909

Elza Candida da Silveira - SP036265

Julia Maria Tomas dos Santos - GO054719

Suscitado: Juízo Federal da 11ª Vara de Goiânia - SJ/GO

Suscitado: Juízo da 18ª Vara do Trabalho de Goiânia - GO

Interes.: Johnathan Pereira Batista

Advogado: Wanuzza Pereira Silva - GO030644

Interes.: Megavox Auto-Falantes Ltda

Advogado: Joao Marcos Andrade Batista - GO045453

EMENTA

Conflito positivo de competência. Pluralidade de constringções patrimoniais (sequestro penal e penhora trabalhista). Possibilidade. Circunstância que não enseja conflito. Antecipação, por um dos Juízes, da prática de ato expropriatório. Dissenso verificado. Possível usurpação de competência. Bem objeto de sequestro no Juízo penal e alienado judicialmente na Justiça Trabalhista, após penhora. Primazia da medida constritiva penal (sequestro) em detrimento da penhora em reclamação trabalhista. Interesse público evidenciado (aquisição com proventos da infração) e inteligência do art. 133 do CPP (expropriação na seara penal). Declaração de competência do Juízo penal para prática de atos expropriatórios referentes aos bens sequestrados, sem declaração de nulidade do ato praticado pelo Juízo trabalhista, mas com determinação de reversão da quantia obtida com a alienação em prol da constringção penal. Liminar cassada.

1. É possível a coexistência de múltiplas constringções patrimoniais sobre um mesmo bem, decretadas por Juízes diversos, sem implicar em usurpação de competência por quaisquer deles, sendo possível

cogitar de conflito positivo apenas nas hipóteses em que verificada a antecipação, por um algum dos Juízes, da prática de ato expropriatório.

2. No caso, o Juízo trabalhista alienou judicialmente bem objeto de penhora (reclamação trabalhista) na pendência de medida assecuratória (sequestro) decretada por Juízo penal.

3. O sequestro ostenta natureza distinta das outras medidas assecuratórias penais (arresto e hipoteca legal), ante o interesse público verificado a partir da natureza dos bens objetos dessa constrição - adquiridos com os proventos da infração - e do procedimento para expropriação desses bens, que transcorre na seara penal (art. 133 do CPP).

4. Considerando a natureza peculiar do sequestro, há primazia da referida medida assecuratória frente à constrição patrimonial decretada por Juízo cível ou trabalhista (penhora), incorrendo em usurpação de competência o Juízo trabalhista que pratica ato expropriatório de bem sequestrado na seara penal, mormente considerando o interesse público verificado a partir da natureza dos bens - adquiridos com os proventos da infração -, e do procedimento para expropriação, que transcorre na seara penal.

5. Conquanto verificada a usurpação de competência, não deve ser declarada a nulidade do ato expropriatório praticado pelo Juízo Trabalhista, pois os bens submetidos à alienação judicial gozam de presunção (*juris tantum*), estabelecida pelo próprio Poder Judiciário e pela lei (art. 903 do CPC), de que são desembaraçados, ou seja, livres de ônus, sendo que a declaração de nulidade implicaria em descrédito de um instituto que depende de sua credibilidade para adesão dos arrematantes.

6. Mantida a alienação, deve ser observado, no entanto, que a quantia obtida com a alienação judicial promovida perante o Juízo incompetente (Trabalhista) deve ser revertida em favor da constrição decretada pelo Juízo penal, a fim de mitigar o prejuízo causado com a inobservância do direcionamento estabelecido na lei penal e processual penal (art. 133, § 1º, do CPP e art. 91, II, *b*, do Código Penal).

7. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 11ª Vara Federal de Goiânia - SJ/GO para a prática de atos expropriatórios dos bens sequestrados nos Processos n. 2016-

15.2016.4.01.3500 e n. 27740- 11.2018.4.01.3500, sem declaração de nulidade do ato expropriatório praticado pelo Juízo da 18ª Vara do Trabalho de Goiânia/GO - relacionado ao veículo arrematado pelo interessado Megavox Auto-Falantes Ltda -, mas com determinação de reversão da quantia obtida com a alienação judicial em prol da constrição patrimonial decretada pelo Juízo penal, cassada a liminar.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente Juízo da 11ª Vara Federal de Goiânia - SJ/GO para a prática de atos expropriatórios dos bens sequestrados nos Processos n. 2016-15.2016.4.01.3500 e n. 27740-11.2018.4.01.3500, sem declaração de nulidade do ato expropriatório praticado pelo Juízo da 18ª Vara do Trabalho de Goiânia/GO - relacionado ao veículo arrematado pelo interessado Megavox AutoFalantes Ltda -, mas com determinação de reversão da quantia obtida com a alienação judicial em prol da constrição patrimonial decretada pelo Juízo penal, cassada a liminar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Laurita Vaz e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 26 de maio de 2021 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 28.5.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de conflito positivo de competência, com pedido liminar, suscitado por Carlos Eduardo Pereira da

Costa contra os Juízos da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás, com relação aos Processos n. 2016-15.2016.4.01.3500 e n. 27740- 11.2018.4.01.3500, e da 18ª Vara do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, nos autos do Processo n. 0011763-93.2015.5.18.0018.

Na inicial, o suscitante narrou que o Juízo da 18ª Vara do Trabalho de Goiânia/GO determinou a penhora e o leilão do automóvel *FORD F250 XLT* de placa CXO-9944. Arrematado o bem, o Juízo trabalhista solicitou ao Juízo da 11ª Vara Federal de Goiânia - SJ/GO o levantamento da restrição, providência recusada pelo Juízo Federal, que suscitou o sequestro prévio.

Aduziu que não se trata de preferência da penhora mais antiga, mas da impossibilidade de fazê-la, tendo em vista a absoluta incompetência da Justiça Trabalhista.

Sustentou que a Justiça Trabalhista não possui competência constitucional para decidir sobre questões penais, especificamente sobre bem bloqueado por decisão de juízo criminal.

Afirmou que a questão diz respeito à *competência em razão da matéria, tendo por certo que o bloqueio universal realizado por juízo criminal afasta a competência desta, especializada para deliberar sobre bens por ele bloqueados, incluindo-se a penhora e os atos expropriatórios em face do automóvel objeto desta celeuma* (fl. 10).

Pugnou, assim, pela declaração de nulidade dos atos constritivos e expropriatórios, realizados pelo segundo suscitado, contra o automóvel *FORD F250 XLT* de placa CXO-9944.

Antes de decidir o pedido liminar, solicitei informações aos Juízos suscitados (fls. 1.432/1.433), juntadas às fls. 1.445/1.451 e 1.452/1.467.

Em decisão monocrática, exarada às fls. 1.469/1.472, deferi o pedido liminar para determinar a suspensão *dos atos de execução determinados pela 18ª Vara do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região (0011763-93.2015.5.18.0018) no que diz respeito aos bens sequestrados pela 11ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás, com relação aos Processos n. 2016-15.2016.4.01.3500 e n. 27740-11.2018.4.01.3500* (fl. 1.471).

A defesa do suscitante opôs embargos de declaração (fls. 1.478/1.481), sendo o recurso rejeitado (fls. 1.485/1.486).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do conflito, nos termos do parecer assim ementado (fl. 1.489):

Conflito de competência. Não caracterização. Determinação de sequestro e indisponibilidade dos bens pelo juízo criminal. Penhora ulterior sobre tais bens no bojo de execução trabalhista. Decisões de juízos distintos em atuação nas respectivas esferas jurisdicionais que não se anulam entre si. Prevalência da restrição advinda do juízo criminal. Perda do bem em favor da União, resguardado o interesse de terceiros de boa-fé (art. 91, II, CP). Pelo não conhecimento do conflito.

Em petição subsequente, a pessoa jurídica Megavox Auto-falantes Ltda., na qualidade de terceiro interessado (arrematante do veículo de placa CXO-9944), suscitou má-fé na pretensão do suscitante, apontado que a parte entregou o bem, após arrematação, sem oposição.

Aduziu, ainda, que promoveu reforma do veículo, arcando com custo expressivo, pugnando pela cancelamento da restrição de transferência inserida no convênio RENAJUD (fls. 1.509/1.512).

Em despacho, exarado em 18/12/2020, determinei a inclusão do requerente (Petição n. 976.680/2020) como interessado e, no prazo de 5 dias, determinei a intimação do suscitante, a fim de que se manifestasse acerca da alegação deduzida no requerimento.

Em petição subsequente, o suscitante aduziu que o interessado já *tinha conhecimento acerca das medidas criminais assecuratórias que encontravam-se sobre o bem arrematado por ela, bem como da não concordância do Douto Juízo da 11ª Vara federal da Seção Judiciária do Estado de Goiás em levantar tal constrição, e mesmo assim optou por supostamente realizar tais mudanças* (fl. 1.553).

Asseverou, ainda, que *não há que se falar em preclusão de Direito, vez que se trata de matéria de incompetência absoluta do segundo suscitado e, tendo por certo que a terceira interessada sempre esteve sob tutela de advogado habilitado a observar a evidente incompetência do juízo trabalhista em leiloar bem sequestrado nos autos das ações criminais n. 2016-15.2016.4.01.3500 e 27740-11.2018.4.01.3500, suas alegações mostram-se carentes de sustento legal* (fl. 1.553).

Os autos, então, vieram conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Inexistindo disposição legal em sentido contrário, afigura-se possível a coexistência de múltiplas

constrições patrimoniais sobre um mesmo bem, decretadas por Juízes diversos, sem implicar na usurpação de competência por quaisquer deles.

Logo, se o contexto dos autos fosse esse, seria o caso de não conhecer do conflito, ante a inexistência de dissenso, tal como decidido no julgamento do CC n. 119.915/SP:

Conflito de competência. Determinação de sequestro e indisponibilidade dos bens pelo juízo criminal. Penhora sobre tais bens no bojo de execução trabalhista, no rosto dos autos da ação penal. Atuação dos juízos nas respectivas esferas de jurisdição. Decisões que não são excludentes entre si. Embora válida, a penhora não produz efeitos, enquanto remanescer o estado de indisponibilidade determinado pelo juízo criminal. Conflito de competência. Inexistência. Não conhecimento.

I - O Juízo Trabalhista, de acordo com as informações devidamente prestadas, tendo ciência dos gravames impostos pelo Juízo criminal sobre os bens *sub judice* (indisponibilidade e infungibilidade), determinou a penhora sobre referidos bens, no bojo de execução trabalhista, a ser efetuada, como seria de rigor, no rosto dos autos dos processos que tramitam perante o Juízo Criminal, cuja investigação versa sobre existência de crime de "lavagem de dinheiro";

II - Nesse contexto, tem-se, de fato, não se estar diante de um conflito de competência positivo, pois, *in casu*, além de cada Juízo suscitado encontrar-se atuando em sua própria esfera de jurisdição, sem, portanto, praticar atos processuais na mesma causa, não se constata, principalmente, que tais atos sejam excludentes entre si.

III - *Efetivamente, tais decisões podem perfeitamente coexistir, sem que se possa concluir pela ocorrência de excesso de jurisdição do Juízo Trabalhista, pois, encontrando-se os bens sub judice sequestrados e pendendo sobre eles a indisponibilidade decretada pelo Juízo Criminal, qualquer outro ato de constrição (no caso, determinado por outro Juízo), ainda que válido, somente poderá produzir efeitos após o afastamento, por aquele Juízo (Criminal), de tais gravames (sequestro e indisponibilidade). Ademais, a penhora, tal como determinada pelo Juízo Trabalhista, efetivada no rosto dos autos da ação penal, permitirá ao Juízo Criminal, após, eventualmente, a prolação de sentença penal condenatória, bem avaliar a existência de terceiro de boa-fé, por ocasião do decreto de perda de bens em favor da União, à luz do art. 91, II, do CP.*

IV - Conflito de Competência não conhecido.

(CC n. 119.915/SP, Ministro Massami Uyeda, Segunda Seção, DJe 30/5/2012 - grifo nosso)

O casos dos autos, no entanto, ostenta peculiaridade, consubstanciada na prática de ato expropriatório por um dos Juízes, no caso, o Trabalhista, após

penhora em reclamação trabalhista, mas na pendência de constrição decretada pelo Juízo criminal (sequestro).

Nesse sentido, confira-se a informação prestada pelo primeiro suscitado (fl. 1.456 - grifo nosso):

[...]

Carlos Eduardo Pereira da Costa também é investigado no IPL 0991/2018 (“Operação Decantação 2”) pelos crimes de corrupção ativa e passiva, organização criminosa e lavagem de dinheiro, no qual também foram decretadas medidas assecuratórias patrimoniais sobre seus bens, e de suas empresas, entre elas a *Sanefer Construções e Empreendimentos Ltda.* e *Terraforte Construtora Ltda* (processo n. 27740-11.2018.4.01.3500).

As investigações do IPL 0991/2018 ainda se encontram em andamento.

Cumprir ressaltar que dentre os diversos bens apreendidos em nome do suscitante, encontra-se o veículo FORD 250 XLT, placa CXO 9944.

Não obstante o bem tenha sido sequestrado por ordem deste Juízo em 24.08.2016, o Juízo Trabalhista da 18ª Região solicitou o cumprimento imediato da retirada da restrição registrada no sistema RENAJUD em virtude de arrematação do referido veículo. O Ofício foi encaminhado a este Juízo em 24.04.2020.

Em resposta, este Juízo determinou a expedição de ofício ao Juízo Trabalhista — processo n. 0011763-93.2015.5.5.18.0018, nos seguintes termos:

Oficie-se ao Juízo Trabalhista (fl. 2.839) informando que o bem objeto de arrematação foi sequestrado por ordem deste Juízo em 24.08.2016, ou seja, antes da ordem de bloqueio determinada por aquele Juízo.

Desse modo, o sequestro visa garantir a eficácia de eventual condenação na ação penal, sendo de competência deste Juízo o levantamento da restrição, previsto nas hipóteses elencadas no art. 131 do CPP.

Assim, os valores adquiridos com a venda do veículo de propriedade de *Carlos Eduardo Pereira da Costa* deverão ser depositados em conta à disposição deste Juízo até decisão ulterior.

São essas as informações que me cabia prestar no presente momento, ficando este juízo, desde já, à disposição de vossa excelência para prestar informações complementares, caso entenda necessárias.

Nesse contexto, é possível cogitar de conflito positivo apto a ser dirimido por esta Corte (art. 105, I, *d*, da Constituição Federal), verificado a partir da discussão acerca da *existência ou não de primazia da medida assecuratória de índole penal (sequestro) sobre aquela decretada em sede de reclamação trabalhista (penhora)*,

de modo a elucidar se a conduta do Juízo trabalhista, no sentido de antecipar a prática de ato expropriatório referente a bem sob o qual ainda recaia constrição decretada pelo Juízo criminal, consubstanciou usurpação de competência do último.

Inicialmente, cumpre rememorar a natureza das diversas medidas assecuratórias previstas no Código de Processo Penal.

O sequestro é medida assecuratória voltada à retenção de bens móveis e imóveis do indiciado ou acusado, ainda que em poder de terceiros, quando *adquiridos com os proventos da infração* (art. 125 do CPP) para que deles não se desfaça, durante o curso da ação penal, de modo a assegurar a indenização da vítima ou impossibilitar ao agente que tenha lucro com a atividade criminosa. Transitada a ação penal e inexistindo ofendido a requerer a indenização, são os proventos do delito confiscados em prol da Fazenda Pública (arts. 133, § 1º, do CPP e 91, II, *b*, do Código Penal) e submetidos a alienação judicial ou transferidos diretamente ao ente público (art. 133-A, § 4º, do CPP).

De outra parte, a hipoteca legal (art. 134 do CPP) e o arresto (art. 136 do CPP) são direcionados à constrição do patrimônio *lícito* do acusado, a fim de que dele não se desfaça e dando garantia ao ofendido ou à Fazenda Pública de que o acusado não estará insolvente ao final do processo criminal, de modo a assegurar a reparação do dano por ele causado.

Nesse sentido, destaco a doutrina de Renato Brasileiro:

[...]

Como se pode perceber, ao contrário do sequestro, que visa garantir não só a reparação do dano (CP, art. 91, I), como também o confisco (CP, art. 91, II), a especialização e registro da hipoteca legal destinam-se apenas a assegurar a indenização ao ofendido pelos danos causados pelo delito e o pagamento das despesas judiciais. A inscrição da hipoteca legal não tem, portanto, qualquer finalidade de confisco. Por isso, pode-se dizer que tanto ela quanto o arresto, a ser estudado na sequência, são medidas assecuratórias fundadas no interesse privado, que têm por finalidade assegurar a reparação civil do dano causado pelo delito, em favor do ofendido ou de seus sucessores.

Daí deriva outra importante diferença entre o sequestro e a inscrição da hipoteca legal: diversamente do sequestro, que, desde que os bens sejam encontrados ou se localizem no território nacional, só pode recair sobre aqueles adquiridos pelo agente com os proventos da infração (CPP, art. 125), a especialização de hipoteca legal recai sobre bens imóveis licitamente adquiridos pelo acusado, objetivando garantir que o acusado não se desfaça desses bens,

inviabilizando a reparação do dano causado pelo delito. Nesse contexto, como já se pronunciou o STJ, “como o arresto (procedimento antecedente à hipoteca legal) visa a constrição de bens necessários ao pagamento das responsabilidades do acusado (reparação do dano, pena pecuniária e custas processuais), caso venha a ser condenado, pouco importa que eles tenham sido adquiridos antes ou depois da infração penal. Inteligência do artigo 140 do Código de Processo Penal. Apenas o sequestro deve recair sobre os produtos, diretos ou indiretos, do crime, pois seu escopo é o de propiciar o perdimento desses bens.

. [...]

(LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, pág. 1.266)

Com efeito, o que se verifica é que tais *medidas assecuratórias penais ostentam natureza distinta*, pois enquanto o sequestro ostenta um *interesse público* - retenção e confisco dos bens adquiridos com os proventos da infração -, o arresto e a hipoteca legal ostentam interesse *nitidamente privado* - constrição do patrimônio lícito para fins de reparação de dano -, convicção essa robustecida na diversidade do procedimento para expropriação desses bens, pois enquanto os bens sequestrados são expropriados no Juízo penal (art. 133 do CPP), os bens arrestados ou hipotecados, em sede penal, são expropriados no Juízo cível (art. 143 do CPP).

Assim, *considerando a natureza peculiar da medida assecuratória penal de sequestro (art. 125 do CPP) - verificada a partir do interesse público (aquisição com proventos da infração penal) e do fato de que a expropriação ocorre na seara penal -, deve ser reconhecida a primazia da referida constrição, frente àquela decretada por Juízo cível ou trabalhista (penhora), sendo indiferente qual constrição foi decretada primeiro.*

Logo, incorre em usurpação de competência o Juízo trabalhista que pratica ato expropriatório de bem sequestrado na seara penal, ainda que objeto de constrição decretada em sede trabalhista (penhora).

Contudo, caso verificada a expropriação, por Juízo diverso do penal, de bem sequestrado, como no caso dos autos, entendo que não deve ser declarada a nulidade desse ato.

Ora, os bens submetidos à alienação judicial gozam de presunção (*juris tantum*), estabelecida pelo próprio Poder Judiciário e pela lei processual, de que são desembaraçados, ou seja, livres de ônus.

Nesse sentido, confira-se o disposto no art. 903 do Código de Processo Civil:

Art. 903. Qualquer que seja a modalidade de leilão, assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro, a arrematação será considerada perfeita, acabada e irretroatável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado ou a ação autônoma de que trata o § 4º deste artigo, assegurada a possibilidade de reparação pelos prejuízos sofridos.

Com efeito, a declaração de nulidade, nesses casos, implicaria em descrédito e desvalorização de um instituto jurídico de extrema relevância e que depende de sua credibilidade para adesão dos arrematantes.

Não pode ser ignorada, ainda, a boa-fé do adquirente (interessado), evidenciada a partir da participação e aquisição do bem em hasta pública.

Mantida a alienação, deve ser observado, no entanto, que a quantia obtida com a alienação judicial, promovida perante o Juízo incompetente (Trabalhista) deve ser revertida em prol da constrição decretada pelo Juízo penal, a fim de mitigar o prejuízo causado com a inobservância do direcionamento estabelecido na lei penal e processual penal (arts. 133, § 1º, do CPP, e 91, II, *b*, do Código Penal).

Ante o exposto, *conheço* do conflito para *declarar* a competência do Juízo da 11ª Vara Federal de Goiânia - SJ/GO para a prática de atos expropriatórios dos bens sequestrados nos Processos n. 2016-15.2016.4.01.3500 e n. 27740-11.2018.4.01.3500, sem declaração de nulidade do ato expropriatório praticado pelo Juízo da 18ª Vara do Trabalho de Goiânia/GO - relacionado ao veículo arrematado pelo interessado Megavox Auto-Falantes Ltda -, mas com determinação de reversão da quantia obtida com a alienação judicial em prol da constrição patrimonial decretada pelo Juízo penal, cassada a liminar.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 176.659-GO (2020/0329167-9)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Suscitante: Carlos Eduardo Pereira da Costa

Advogados: Joao Carlos Tomas dos Santos - GO047940

Rodrigo Rizzo Vasques Filho - GO055909

Elza Candida da Silveira - SP036265

Julia Maria Tomas dos Santos - GO054719

Suscitado: Juízo Federal da 11ª Vara de Goiânia - SJ/GO

Suscitado: Juízo da Vara do Trabalho de Uruaçu - GO

Interes.: Miqueias Nunes Matos

Advogados: Juliana de Lemos Santana Naves de Lima - GO020916

Rogério Naves de Lima - GO032911

Paulinho Teodoro Soares - GO033399

EMENTA

Conflito positivo de competência. Pluralidade de constrições patrimoniais (sequestro penal e penhora trabalhista). Possibilidade. Circunstância que não enseja conflito. Antecipação, por um dos Juízes, da prática de ato expropriatório. Dissenso verificado. Possível usurpação de competência. Bem objeto de sequestro no Juízo penal. Determinada adjudicação na Justiça Trabalhista, após penhora. Primazia da medida constritiva penal (sequestro) em detrimento da penhora em reclamação trabalhista. Interesse público evidenciado (aquisição com proventos da infração) e inteligência do art. 133 do CPP (expropriação na seara penal). Declaração de competência do Juízo penal para prática de atos expropriatórios referentes aos bens sequestrados. Cassada a decisão que determinou a adjudicação, sem prejuízo da manutenção da penhora decretada.

1. É possível a coexistência de múltiplas constrições patrimoniais sobre um mesmo bem, decretadas por Juízes diversos, sem implicar em usurpação de competência por quaisquer deles, sendo possível cogitar de conflito positivo apenas nas hipótese em que verificada a antecipação, por um algum dos Juízes, da prática de ato expropriatório.

2. No caso, o Juízo trabalhista determinou a adjudicação de bem (veículo automotor) objeto de penhora (reclamação trabalhista) na pendência de medida assecuratória (sequestro) decretada por Juízo penal.

3. O sequestro ostenta natureza distinta das outras medidas assecuratórias penais (arresto e hipoteca legal), ante o interesse público

verificado a partir da natureza dos bens objetos dessa constrição - adquiridos com os proventos da infração - e do procedimento para expropriação desses bens, que transcorre na seara penal (art. 133 do CPP).

4. Considerando a natureza peculiar do sequestro, há primazia da referida medida assecuratória frente à constrição patrimonial decretada por Juízo cível ou trabalhista (penhora), incorrendo em usurpação de competência o Juízo trabalhista que pratica ato expropriatório de bem sequestrado na seara penal, mormente considerando o interesse público verificado a partir da natureza dos bens - adquiridos com os proventos da infração -, e do procedimento para expropriação, que transcorre na seara penal.

5. Conquanto verificada a usurpação de competência, o ato expropriatório (adjudicação), decretado pelo segundo suscitado, não se consumou, pois foi obstado pela decisão liminar exarada nos presentes autos, devendo ser cassada a decisão expropriatória, sem prejuízo da manutenção da constrição trabalhista (penhora) na pendência de solução da constrição penal.

6. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 11ª Vara Federal de Goiânia - SJ/GO para a prática de atos expropriatórios dos bens sequestrados nos Processos n. 2016-15.2016.4.01.3500 e n. 27740- 11.2018.4.01.3500, inclusive do veículo *VW/GOL 1.0, Placa NFW-6615*, cassada a decisão do Juízo da Vara do Trabalho de Uruaçu/GO, que determinou a adjudicação (Processo n. 0011192-24.2016.5.18.0201).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo da 11ª Vara Federal de Goiânia - SJ/GO para a prática de atos expropriatórios dos bens sequestrados nos Processos n. 2016-15.2016.4.01.3500 e n. 27740-11.2018.4.01.3500, inclusive do veículo, cassada a decisão do Juízo da Vara do Trabalho de Uruaçu/GO, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Laurita Vaz e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 26 de maio de 2021 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 28.5.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Carlos Eduardo Pereira da Costa suscitou conflito positivo de competência, apontando como suscitados o Juízo Federal da 11ª Vara de Goiânia - SJ/GO e o Juízo da Vara do Trabalho de Uruaçu/GO.

Na inicial, narrou que o seu patrimônio pessoal é alvo de medidas constritivas decretadas pelos Juízes suscitados, em processos diversos - Processos n. 2016-15.2016.4.01.3500 e n. 27740-11.2018.4.01.3500 (Juízo Federal da 11ª Vara de Goiânia - SJ/GO) e Processo n. 0011192-24.2016.5.18.0201 (Juízo da Vara do Trabalho de Uruaçu/GO) - existindo, especificamente no que se refere a um veículo, dissenso entre eles acerca de qual delas deve prevalecer:

Argumentou que o Juízo criminal decretou o sequestro universal dos bens, devendo tal constrição prevalecer em detrimento daquela ordenada pelo Juízo trabalhista, que, na perspectiva do suscitante, não *possui competência para realizar atos expropriatórios de bem sequestrado em seara penal, ainda que para pagamento de crédito trabalhista* (fl. 9).

Pugnou, em tutela provisória de urgência antecipada, pela *suspensão dos atos expropriatórios determinados pelo segundo suscitado contra o automóvel arca VW/GOL 1.0, Placa NFW-6615, ano 2005, modelo 2006, bem como a devolução deste ao seu fiel depositário, ou seja, o suscitante, caso tenha saído de sua posse* (fls. 13/14).

No mérito, pugnou pela declaração de competência do primeiro suscitado, bem como a *anulação de todos os atos constritivos e expropriatórios realizados pelo segundo suscitado contra o automóvel Marca VW/GOL 1.0, Placa NFW-6615,*

ano 2005, modelo 2006, com a conseguinte devolução do bem ao suscitante, pois fiel depositário (fl. 13).

Em despacho datado de 9/12/2020, solicitei informações aos Juízes suscitados (fls. 604/605).

Com a juntadas das informações prestadas pelo primeiro suscitado (11ª Vara de Goiânia - SJ/GO) - fls. 612/620, o Ministério Público Federal opinou pela conversão do julgamento em diligência (fls. 623/624):

[...]

O feito carece de informações do Juízo da Vara do Trabalho de Uruaçu/GO, o que impede o exame da controvérsia.

À vista do exposto, deve ser o julgamento convertido em diligência para requisitar ao Juízo da referida Vara do Trabalho de Uruaçu/GO a remessa de informações acerca do dissenso apontado pelo suscitante.

Em decisão monocrática, exarada às fls. 626/629, deferi o pedido liminar para determinar a *suspensão dos atos de execução emanados do Juízo da Vara do Trabalho de Uruaçu/GO (Processo n. 0011192- 24.2016.5.18.00201) - especificamente no que se refere ao veículo VW/GOL 1.0, placa NFW - 6615; e designei o Juízo da 11ª Vara Federal de Goiânia - SJ/GO, para decidir, em caráter provisório, eventuais medidas ou requerimentos urgentes relacionados ao referido veículo* (fl. 629).

Juntadas as informações prestadas pelo Juízo da Vara do Trabalho de Uruaçu/GO (fls. 641/647), os autos seguiram ao Ministério Público Federal, que opinou pelo não conhecimento do conflito, nos termos do parecer assim ementado (fl. 652):

Conflito positivo de competência. Não caracterização. Determinação de sequestro e indisponibilidade dos bens pelo juízo criminal. Penhora ulterior sobre tais bens no bojo de execução trabalhista. Decisões de juízos distintos em atuação nas respectivas esferas jurisdicionais que não se anulam entre si. Prevalência da restrição advinda do juízo criminal. Perda do bem em favor da União, resguardado o interesse de terceiros de boa-fé (art. 91, II, CP). Parecer pelo não conhecimento do conflito.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do conflito, nos termos do parecer assim ementado (fl. 1.489):

Conflito de competência. Não caracterização. Determinação de sequestro e indisponibilidade dos bens pelo juízo criminal. Penhora ulterior sobre tais bens no

bojo de execução trabalhista. Decisões de juízos distintos em atuação nas respectivas esferas jurisdicionais que não se anulam entre si. Prevalência da restrição advinda do juízo criminal. Perda do bem em favor da União, resguardado o interesse de terceiros de boa-fé (art. 91, II, CP). Pelo não conhecimento do conflito.

Os autos, então, vieram conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Inexistindo disposição legal em sentido contrário, afigura-se possível a coexistência de múltiplas constrições patrimoniais sobre um mesmo bem, decretadas por Juízes diversos, sem implicar na usurpação de competência por quaisquer deles.

Logo, se o contexto dos autos fosse esse, seria o caso de não conhecer do conflito, ante a inexistência de dissenso, tal como decidido no julgamento do CC n. 119.915/SP:

Conflito de competência. Determinação de sequestro e indisponibilidade dos bens pelo Juízo criminal. Penhora sobre tais bens no bojo de execução trabalhista, no rosto dos autos da ação penal. Atuação dos Juízos nas respectivas esferas de jurisdição. Decisões que não são excludentes entre si. Embora válida, a penhora não produz efeitos, enquanto remanescer o estado de indisponibilidade determinado pelo Juízo criminal. Conflito de competência. Inexistência. Não conhecimento.

I - O Juízo Trabalhista, de acordo com as informações devidamente prestadas, tendo ciência dos gravames impostos pelo Juízo criminal sobre os bens sub judice (indisponibilidade e infungibilidade), determinou a penhora sobre referidos bens, no bojo de execução trabalhista, a ser efetuada, como seria de rigor, no rosto dos autos dos processos que tramitam perante o Juízo Criminal, cuja investigação versa sobre existência de crime de "lavagem de dinheiro";

II - Nesse contexto, tem-se, de fato, não se estar diante de um conflito de competência positivo, pois, *in casu*, além de cada Juízo suscitado encontrar-se atuando em sua própria esfera de jurisdição, sem, portanto, praticar atos processuais na mesma causa, não se constata, principalmente, que tais atos sejam excludentes entre si.

III - Efetivamente, tais decisões podem perfeitamente coexistir, sem que se possa concluir pela ocorrência de excesso de jurisdição do Juízo Trabalhista, pois, encontrando-se os bens sub judice sequestrados e pendendo sobre eles a indisponibilidade decretada pelo Juízo Criminal, qualquer outro ato de constrição

(no caso, determinado por outro Juízo), ainda que válido, somente poderá produzir efeitos após o afastamento, por aquele Juízo (Criminal), de tais gravames (sequestro e indisponibilidade). Ademais, a penhora, tal como determinada pelo Juízo Trabalhista, efetivada no rosto dos autos da ação penal, permitirá ao Juízo Criminal, após, eventualmente, a prolação de sentença penal condenatória, bem avaliar a existência de terceiro de boa-fé, por ocasião do decreto de perda de bens em favor da União, à luz do art. 91, II, do CP.

IV - Conflito de Competência não conhecido.

(CC n. 119.915/SP, Ministro Massami Uyeda, Segunda Seção, DJe 30/5/2012 - grifo nosso)

O casos dos autos, no entanto, ostenta peculiaridade, consubstanciada na prática de ato expropriatório (adjudicação) por um dos Juízes, no caso, o Trabalhista, após penhora em reclamação trabalhista, mas na pendência de constrição decretada pelo Juízo criminal (sequestro).

Nesse sentido, confira-se o teor das informações prestadas pelo primeiro e segundo suscitados (fls. 617 e 644 - grifo nosso):

[...]

Carlos Eduardo Pereira da Costa também é investigado no IPL 0991/2018 ("Operação Decantação 2") pelos crimes de corrupção ativa e passiva, organização criminosa e lavagem de dinheiro, no qual também foram decretadas medidas assecuratórias patrimoniais sobre seus bens, e de suas empresas, entre elas a *Sanefer Construções e Empreendimentos Ltda.* e *Terraforte Construtora Ltda* (processo n. 27740- 11.2018.4.01.3500).

As investigações do IPL 0991/2018 ainda se encontram em andamento.

Cumprе ressaltar que dentre os diversos bens apreendidos em nome do suscitante, encontra-se o veículo VW/GOL 1.0, placa NFW 6615, o qual foi sequestrado por ordem deste Juízo em 24.08.2016.

*Ressalto, por fim, que os bens do investigado **Carlos Eduardo Pereira da Costa** permanecem sequestrados por ordem deste Juízo, nos autos das Medidas Cautelares n. 20618- 15.2016.4.01.3500 ("Operação Decantação 1") e 27740-11.2018.4.01.3500 ("Operação Decantação 2").*

Nos autos de n. 27740-11.2018.4.01.3500, em recente decisão proferida por este Juízo, foi mantida a constrição dos bens de todos os investigados, pelos seguintes fundamentos:

[...]

[...]

Miqueias Nunes Matos ajuizou, em 19/04/2016, reclamação Trabalhista sob rito sumaríssimo em face de *Sanefer Construcoes e Empreendimentos Ltda* (ATSum - 0011192-24.2016.5.18.0201).

A sentença de mérito, publicada em 23/09/2016, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados.

O crédito trabalhista em execução foi fixado em R\$ 3.084,62. Considerando que não houve o pagamento no prazo legal, e dado o insucesso dos atos executórios, foi proferida decisão de descon sideração da personalidade jurídica da empresa executada, com a inclusão de *Carlos Eduardo Pereira da Costa*, ora Suscitante do presente CC, no polo passivo da execução.

A pesquisa RENAJUD possibilitou identificar veículo de propriedade do Suscitante (VW/GOL 1.0, Placa NFW-6615, ano 2005, modelo 2006), que foi objeto de penhora (auto de penhora e demais documentos juntados em ID. c1e77cc e seguintes).

A secretaria desta unidade efetuou o lançamento de restrição de transferência no RENAJUD. Determinou-se a expedição de carta precatória a uma das Varas do Trabalho de Goiânia para leilão do bem.

O exequente manifestou interesse na adjudicação do bem penhorado. O executado, que figura como Suscitante do presente CC, comunicou nos autos que o automóvel (VW/GOL 1.0, Placa NFW-6615, ano 2005, modelo 2006) encontra-se sequestrado por decisão do Juízo da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás, que também figura como Suscitado.

O credor trabalhista se manifestou declarando que persistia o interesse na adjudicação do carro.

*Em despacho (ID. 0aba742), este Juízo **consignou o cabimento da adjudicação postulada**, dada a preferência do crédito trabalhista, de natureza alimentar, sobre qualquer outro.*

Além disso, registrou-se que a penhora foi efetivada em momento anterior à ordem do Juízo Federal de sequestro de bens. *Determinou-se, ainda, a expedição de carta precatória solicitando a remoção do bem.*

[...]

Nesse contexto, é possível cogitar de conflito positivo apto a ser dirimido por esta Corte (art. 105, I, *d*, da Constituição Federal), verificado a partir da discussão acerca da existência ou não de primazia da medida assecuratória de índole penal (*sequestro*) sobre aquela decretada em sede de reclamação trabalhista (*penhora*), de modo a elucidar se a conduta do Juízo trabalhista, no sentido de antecipar a prática de ato expropriatório referente a bem sob o qual ainda recaia constrição decretada pelo Juízo criminal, consubstanciou usurpação de competência do último.

Inicialmente, cumpre rememorar a natureza das diversas medidas assecuratórias previstas no Código de Processo Penal.

O sequestro é medida assecuratória voltada à retenção de bens móveis e imóveis do indiciado ou acusado, ainda que em poder de terceiros, quando adquiridos com *os proventos da infração* (art. 125 do CPP) para que deles não se desfaça, durante o curso da ação penal, de modo a assegurar a indenização da vítima ou impossibilitar ao agente que tenha lucro com a atividade criminosa. Transitada a ação penal e inexistindo ofendido a requerer a indenização, são os proventos do delito confiscados em prol da Fazenda Pública (arts. 133, § 1º, do CPP e 91, II, *b*, do Código Penal) e submetidos à alienação judicial ou transferidos diretamente ao ente público (art. 133-A, § 4º, do CPP).

De outra parte, a hipoteca legal (art. 134 do CPP) e o arresto (art. 136 do CPP) são direcionados à constrição do patrimônio *lícito* do acusado, a fim de que dele não se desfaça e dando garantia ao ofendido ou à Fazenda Pública de que o acusado não estará insolvente ao final do processo criminal, de modo a assegurar a reparação do dano por ele causado.

Nesse sentido, destaco a doutrina de Renato Brasileiro:

[...]

Como se pode perceber, ao contrário do sequestro, que visa garantir não só a reparação do dano (CP, art. 91, I), como também o confisco (CP, art. 91, II), a especialização e registro da hipoteca legal destinam-se apenas a assegurar a indenização ao ofendido pelos danos causados pelo delito e o pagamento das despesas judiciais. A inscrição da hipoteca legal não tem, portanto, qualquer finalidade de confisco. Por isso, pode-se dizer que tanto ela quanto o arresto, a ser estudado na sequência, são medidas assecuratórias fundadas no interesse privado, que têm por finalidade assegurar a reparação civil do dano causado pelo delito, em favor do ofendido ou de seus sucessores.

Daí deriva outra importante diferença entre o sequestro e a inscrição da hipoteca legal: diversamente do sequestro, que, desde que os bens sejam encontrados ou se localizem no território nacional, só pode recair sobre aqueles adquiridos pelo agente com os proventos da infração (CPP, art. 125), a especialização de hipoteca legal recai sobre bens imóveis licitamente adquiridos pelo acusado, objetivando garantir que o acusado não se desfaça desses bens, inviabilizando a reparação do dano causado pelo delito. Nesse contexto, como já se pronunciou o STJ, “como o arresto (procedimento antecedente à hipoteca legal) visa a constrição de bens necessários ao pagamento das responsabilidades do acusado (reparação do dano, pena pecuniária e custas processuais), caso venha a ser condenado, pouco importa que eles tenham sido adquiridos antes ou

depois da infração penal. Inteligência do artigo 140 do Código de Processo Penal. Apenas o sequestro deve recair sobre os produtos, diretos ou indiretos, do crime, pois seu escopo é o de propiciar o perdimento desses bens.

. [...]

(LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, pág. 1.266)

Com efeito, o que se verifica é que tais medidas assecuratórias penais ostentam natureza distinta, pois enquanto o sequestro ostenta um interesse público - retenção e confisco dos bens adquiridos com os proventos da infração -, o arresto e a hipoteca legal ostentam interesse nitidamente privado - constrição do patrimônio lícito para fins de reparação de dano -, convicção essa robustecida na diversidade do procedimento para expropriação desses bens, pois enquanto os bens sequestrados são expropriados no Juízo penal (art. 133 do CPP), os bens arrestados ou hipotecados, em sede penal, são expropriados no Juízo cível (art. 143 do CPP).

Assim, considerando a *natureza peculiar* da medida assecuratória penal de *sequestro* (art. 125 do CPP) - verificada a partir do interesse público (aquisição com proventos da infração penal) e do fato de que a expropriação ocorre na seara penal -, deve ser reconhecida a primazia da referida constrição frente àquela decretada por Juízo cível ou trabalhista (*penhora*), sendo indiferente qual constrição foi decretada primeiro.

Logo, incorre em usurpação de competência o Juízo trabalhista que pratica ato expropriatório de bem sequestrado na seara penal, ainda que objeto de constrição decretada em sede trabalhista (*penhora*).

No caso, do que se colhe das informações prestadas pelo segundo suscitado, *a decisão liminar exarada nos presentes autos obstou a conclusão do ato expropriatório* (adjudicação) por ele autorizado (fl. 648):

Considerando que no bojo do CC n. 176.659 - GO foi determinada "a suspensão dos atos de execução emanados do Juízo da Vara do Trabalho de Uruaçu/GO (Processo n. 0011192-24.2016.5.18.00201)" oficie-se à 18ª Vara do Trabalho de Goiânia, com a urgência que o caso requer, solicitando a suspensão do cumprimento da medida solicitada e a devolução da carta precatória no estado em que se encontra.

Logo, a solução do conflito é no sentido de reconhecer a competência do primeiro suscitado para a prática de atos expropriatórios dos bens sequestrados,

inclusive do veículo em referência, cassada a decisão exarada pelo Juízo trabalhista (segundo suscitado), que deferiu o ato expropriatório (adjudicação), ressalvando, no entanto, que *não há óbice de que a constrição patrimonial (penhora) por ele decretada permaneça no aguardo da solução daquela decretada pelo Juízo penal.*

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar a competência do Juízo da 11ª Vara Federal de Goiânia - SJ/GO para a prática de atos expropriatórios dos bens sequestrados nos Processos n. 2016-15.2016.4.01.3500 e n. 27740-11.2018.4.01.3500, inclusive do veículo *VW/GOL 1.0, Placa NFW-6615, cassada a decisão do Juízo da Vara do Trabalho de Uruaçu/GO, que determinou a adjudicação daquele bem (Processo n. 0011192-24.2016.5.18.0201).*

RECURSO ESPECIAL N. 1.794.854-DF (2019/0035557-1)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Jhony da Silva Melo (Preso)

Advogados: Bruno Cristian Santos de Abreu (Assistência Judiciária) - DF043143

Samylle de Miranda Haick (Assistência Judiciária) - DF042032

Núcleo de Prática Jurídica do Uniceub

Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Interes.: Defensoria Pública da União - "Amicus Curiae"

EMENTA

Recurso especial admitido como representativo da controvérsia. Julgamento submetido à sistemática dos recursos repetitivos. Penal. Dosimetria. Art. 59 do Código Penal. Utilização de condenações penais pretéritas para valorar negativamente a personalidade e conduta social do agente. Impossibilidade. Recurso especial provido.

1. No art. 59 do Código Penal, com redação conferida pela Lei n. 7.209/1984, o Legislador elencou oito circunstâncias judiciais para individualização da pena na primeira fase da dosimetria, quais sejam:

a culpabilidade; os antecedentes; a conduta social; a personalidade do agente; os motivos; as circunstâncias; as consequências do crime; e o comportamento da vítima.

2. Ao considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Julgador declinar, motivadamente, as suas razões, que devem corresponder objetivamente às características próprias do vetor desabonado. A inobservância dessa regra implica ofensa ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

3. A *conduta social* diz respeito à avaliação do comportamento do agente no convívio social, familiar e laboral, perante a coletividade em que está inserido. Conforme o Magistério de Guilherme de Sousa Nucci (*in Código Penal Comentado*, 18ª ed. rev., atual. e ampl.; Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 389), “*conduta social não é mais sinônimo de antecedentes criminais. Deve-se observar como se comporta o réu em sociedade, ausente qualquer figura típica incriminadora*”.

4. Rogério Greco diferencia detalhadamente *antecedentes criminais* de *conduta social*. Esclarece o Autor que o Legislador Penal determinou essa análise em momentos distintos porque “*os antecedentes traduzem o passado criminal do agente, a conduta social deve buscar aferir o seu comportamento perante a sociedade, afastando tudo aquilo que diga respeito à prática de infrações penais*”. Especifica, ainda, que as incriminações anteriores “*jamaís servirão de base para a conduta social, pois abrange todo o comportamento do agente no seio da sociedade, afastando-se desse seu raciocínio seu histórico criminal, verificável em sede de antecedentes penais*” (*in Curso de Direito Penal*, 18ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 684).

5. Quanto à *personalidade do agente*, a mensuração negativa da referida moduladora “deve ser aferida a partir de uma análise pormenorizada, com base em elementos concretos extraídos dos autos [...]” (*HC 472.654/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 21/2/2019, DJe 11/3/2019*) (STJ, AgRg no REsp 1.918.046/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/04/2021, DJe 19/04/2021).

6. “*São exemplos de fatores positivos da personalidade: bondade, calma, paciência, amabilidade, maturidade, responsabilidade, bom humor, coragem, sensibilidade, tolerância, honestidade, simplicidade, desprendimento*”

*material, solidariedade. São fatores negativos: maldade, agressividade (hostil ou destrutiva), impaciência, rispidez, hostilidade, imaturidade, irresponsabilidade, mau-humor, covardia, frieza, insensibilidade, intolerância (racismo, homofobia, xenofobia), desonestidade, soberba, inveja, cobiça, egoísmo. [...]. Aliás, personalidade distingue-se de maus antecedentes e merece ser analisada, no contexto do art. 59, separadamente” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 390).*

7. *“A jurisprudência desta Suprema Corte (e a do Superior Tribunal de Justiça) orienta-se no sentido de repelir a possibilidade jurídica de o magistrado sentenciante valorar negativamente, na primeira fase da operação de dosimetria penal, as circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social, quando se utiliza, para esse efeito, de condenações criminais anteriores, ainda que transitadas em julgado, pois esse específico aspecto (prévias condenações penais) há de caracterizar, unicamente, maus antecedentes” (STF, RHC 144.337-AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 22/11/2019).*

8. Em conclusão, o vetor dos *antecedentes* é o que se refere única e exclusivamente ao histórico criminal do agente. *“O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo do que o da reincidência, abrange as condenações definitivas, por fato anterior ao delito, transitadas em julgado no curso da ação penal e as atingidas pelo período depurador, ressalvada casuística constatação de grande período de tempo ou pequena gravidade do fato prévio” (STJ, AgRg no AREsp 924.174/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016).*

9. Recurso especial provido, para redimensionar a pena do Recorrente, nos termos do voto da Relatora, com a fixação da seguinte tese: *Condenações criminais transitadas em julgado, não consideradas para caracterizar a reincidência, somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização para desabonar a personalidade ou a conduta social do agente.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso

especial, para redimensionar a pena do Recorrente, com a fixação da seguinte tese: “Condenações criminais transitadas em julgado, não consideradas para caracterizar a reincidência, somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização para desabonar a personalidade ou a conduta social do agente”, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Licenciado o Sr. Ministro Felix Fischer.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 23 de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 1º.7.2021

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto por *Jhony da Silva Melo*, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, contra acórdão da 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Apelação n. 0004232-72.2017.8.07.0007).

Consta nos autos que, em primeiro grau, o Recorrente foi condenado, como incurso no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, às penas de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 18 (dezoito) dias-multa, no valor unitário mínimo legal (fls. 185-190).

Irresignado, o Sentenciado recorreu ao Tribunal de origem, que deu parcial provimento à sua apelação para “*excluir a causa de aumento relativa ao emprego de arma (faca) e reduzir a pena privativa de liberdade para 6 (seis) anos de reclusão e a de multa para 15 (quinze) dias-multa*” (fl. 272), mantendo, no mais, a sentença.

Nas razões do recurso especial, a Defesa argumenta que o acórdão recorrido contrariou o disposto no art. 59 do Código Penal, uma vez que “*para averiguar a personalidade do agente, mesmo não havendo necessidade de exame técnico para devida análise, é imprescindível que haja ao menos provas além da FAP para configurar um razoável aumento de pena por esse motivo*” (fl. 294).

Pleiteia, assim, o afastamento da valoração negativa da personalidade do Recorrente e, conseqüentemente, a redução da pena imposta.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios apresentou contrarrazões às fls. 304-307, sustentando a incidência da Súmula n. 83 porque há precedentes desta Corte no mesmo sentido do acórdão recorrido, os quais admitem a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento válido para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente. Indica os seguintes julgados: AgRg no AREsp 1.024.802/SC, Rel. Ministro *Sebastião Reis Júnior*, *Sexta Turma*, julgado em 14/03/2017, DJe 22/03/2017; e AgRg no AREsp 989.635/SC, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, *Quinta Turma*, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Dr. Francisco Xavier Pinheiro Filho, opinou pelo não conhecimento do recurso especial (fls. 321-331), consoante os argumentos sintetizados na seguinte ementa:

Recurso especial. Roubo majorado. Dosimetria da pena. Personalidade. Utilização de condenações anteriores com trânsito em julgado. Possibilidade. Súmula n. 83/STJ.

1. Sendo apelo de natureza extraordinária, submetido também a pressupostos intrínsecos ou específicos de admissibilidade, o recurso especial não se presta ao reexame de fatos e provas, aspecto em torno do qual as instâncias ordinárias são soberanas.

2. Nos termos da jurisprudência desse Superior Tribunal de Justiça, a existência de condenações anteriores transitadas em julgado pode justificar validamente a elevação da pena-base, tanto como maus antecedentes, bem como conduta social e personalidade, desde que diferentes as condenações consideradas, sob pena de bis in idem. Precedentes.

3. Parecer pelo não conhecimento do apelo nobre.

A Sexta Turma, em sessão de julgamento realizada em 09/04/2019, por unanimidade, decidiu afetar o julgamento deste recurso especial à Terceira Seção, conforme certidão de fl. 337.

A Terceira Seção, em sessão de julgamento realizada em 15/12/2020, por unanimidade, afetou o processo sob o rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 257-C do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, sem a suspensão da tramitação de processos, consoante certidão de fl. 342.

Instada a se manifestar como *amicus curiae*, a Defensoria Pública da União pugnou pelo provimento do recurso especial, ressaltando que “[d]iversos são os precedentes da 5ª e da 6ª Turma deste Superior Tribunal no sentido da impossibilidade de se utilizar condenações anteriores para desvalorar a personalidade e a conduta social do agente, devendo tais anotações se direcionarem apenas à análise da reincidência e dos antecedentes do réu” (fl. 376).

A Procuradoria-Geral da República, novamente instada a se manifestar, reafirmou os termos do parecer anterior, consoante a seguinte ementa:

Recurso especial. Dosimetria da pena. Valoração negativa da personalidade. Utilização de condenações anteriores com trânsito em julgado. Possibilidade.

1. Condenações transitadas em julgado constituem elemento idôneo para negatar a personalidade do agente, sob pena de afronta aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

2. Parecer pelo não provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O recurso especial em epígrafe preenche os pressupostos de admissibilidade e, considerada a relevância da matéria, estando devidamente preenchidos os requisitos legais e regimentais para seu processamento sob a sistemática dos repetitivos, o processo foi oportunamente afetado por esta Terceira Seção. Vale ressaltar que a questão deduzida no recurso se encontra, atualmente, pacificada no âmbito desta Corte, no sentido de que *condenações criminais transitadas em julgado, não valoradas para caracterizar a reincidência, somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente.*

No que concerne à fixação da pena-base, é certo que o Julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato delituoso e aspectos inerentes ao agente, obedecidos e sopesados todos os critérios legais para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime, sobrepujando as elementares comuns do próprio tipo legal.

No art. 59 do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 7.209/1984, o Legislador elencou oito circunstâncias judiciais para individualização da pena

na primeira fase da dosimetria, quais sejam: a culpabilidade; os antecedentes; a conduta social; a personalidade do agente; os motivos; as circunstâncias; as consequências do crime; e o comportamento da vítima.

Ao considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Julgador declinar, motivadamente, as suas razões, *que devem corresponder objetivamente às características próprias do vetor desabonado*. A inobservância dessa regra implica ofensa ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

Na presente causa, analisa-se a possibilidade de *condenações criminais transitadas em julgado* serem valoradas para desabonar os vetores *personalidade e conduta social*.

Quanto à *conduta social*, anoto que referida circunstância diz respeito à avaliação do comportamento do agente no convívio social, familiar e laboral, perante a coletividade em que está inserido, conjuntura detalhadamente esclarecida por Magistério de Guilherme de Sousa Nucci (*in Código Penal Comentado*, 18ª ed. rev., atual. e ampl.; Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 389):

[é] o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc. O magistrado precisa conhecer a pessoa que estará julgando, a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor, daí a importância das perguntas que devem ser dirigidas ao acusado, no interrogatório, e as testemunhas, durante a instrução. [...] A apuração da conduta social pode ser feita por várias fontes, mas é preciso boa vontade e dedicação das partes envolvidas no processo, bem como do juiz condutor da instrução. Em primeiro lugar, é dever das partes arrolar testemunhas, que possam depor sobre a conduta social do acusado. Tal medida vale para a defesa e, igualmente, para a acusação. O magistrado, interessado em aplicar a pena justa, pode determinar a inquirição de pessoas que saibam como se dava a conduta do réu, anteriormente a prática do crime. É natural que a simples leitura a folha de antecedentes não presta para afirmar ser a conduta do acusado boa ou ruim. Mesmo no caso de existirem registros variados de inquéritos arquivados, processos em andamento ou absolvições por falta de provas, há ausência de substrato concreto para deduzir ser o réu pessoa de má conduta social. Afinal, antes de mais nada, prevalece o princípio constitucional da presunção de inocência. Se ele não foi condenado criminalmente, com trânsito em julgado, e considerado inocente e tal estado não pode produzir nenhuma medida penal concreta contra seu interesse. Entretanto, conforme o caso, tanto a acusação, como o próprio juiz, podem valer-se da folha de antecedentes para levantar dados suficientes, que permitam arrolar pessoas com conhecimento da efetiva conduta social do acusado. Lembremos que conduta social não é mais sinônimo de antecedentes criminais. Deve-se observar como se comporta o réu em sociedade, ausente qualquer figura típica incriminadora. (grifos diversos do original.)

É certo que, ao julgar em 22/11/2011 o HC 133.326/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz (DJe 02/12/2011), a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, superando o entendimento antes prevalente, decidiu que *a existência de condenações anteriores não se presta a fundamentar a exasperação da pena-base no vetor conduta social*.

Contudo, a jurisprudência desta Corte oscilou bastante.

Cumprido ressaltar que, antes da Lei n. 7.209, de 1984, que reformou a Parte Geral do Código Penal, o revogado art. 42 preconizava que competia “*ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime: I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável*”.

Após a Lei n. 7.209, de 1984, o vigente art. 59 do Código penal passou a dispor que:

[o] juiz, atendendo à *culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima*, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Cotejando os dois dispositivos legais, constata-se que o vetor da conduta social foi inserido com o advento da mencionada Lei.

No julgamento do RHC 130.132, o Relator, o saudoso Ministro Teori Zavascki, assim se posicionou sobre a alteração legislativa:

Antes da reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, entendia-se que a análise dos antecedentes abrangia todo o passado do agente, incluindo, além dos registros criminais, o seu comportamento na sociedade. Entretanto, *após a aprovação da Lei 7.209/84, a conduta social passou a ter configuração própria. Introduziu-se um vetor apartado com vistas a avaliar o comportamento do condenado no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Ou seja, os antecedentes sociais do réu não mais se confundem com os seus antecedentes criminais*. Trata-se de circunstâncias diversas e, por isso mesmo, a exasperação da pena-base mediante a invocação delas exige do magistrado a clara demonstração de subsunção da realidade fática ao preceito legal, dentro dos limites típicos.

Nesse precedente, o Supremo Tribunal Federal concluiu ser *inidônea a invocação de condenações anteriores transitadas em julgado para considerar a conduta social desfavorável*, ao fundamento de que essa circunstância judicial do art. 59 do Código Penal compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos, não se confundindo com antecedentes criminais. Confira-se:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Furto qualificado. Dosimetria da pena. Circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Existência de condenações anteriores com trânsito em julgado. Fundamento para desvalorar os maus antecedentes e a conduta social. Motivação inadequada.

1. A circunstância judicial conduta social, prevista no art. 59 do Código Penal, compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Vale dizer, os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais. São vetores diversos, com regramentos próprios. Doutrina e jurisprudência.

2. Assim, revela-se *inidônea a invocação de condenações anteriores transitadas em julgado para considerar a conduta social desfavorável*, sobretudo se verificado que as ocorrências criminais foram utilizadas para exasperar a sanção em outros momentos da dosimetria.

3. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido. (RHC 130.132, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 10/05/2016, DJe-106 24/05/2016, sem grifos no original.)

No âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, a Quinta Turma alterou seu posicionamento sobre o tema e firmou entendimento no sentido de ser *inidônea a invocação de condenações anteriores transitadas em julgado para considerar a conduta social desfavorável*, a partir do julgamento do HC 366.639, de Relatoria do Ministro Felix Fischer (DJe 05/04/2017), que acolheu a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao alterar seu posicionamento sobre o tema, tem decidido ser *inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativa a personalidade ou a conduta social do agente*. (HC 366.639/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28/3/2017, DJe 05/04/2017.)

Destaco, ainda, que Rogério Greco diferencia detalhadamente *antecedentes criminais de conduta social* (in **Curso de Direito Penal**, 18ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2016, pp. 683-684):

Por conduta social quer a lei traduzir o comportamento do agente perante a sociedade. Verifica-se o seu relacionamento com seus pares, procura-se descobrir seu temperamento, se calmo ou agressivo, se possui algum vício, a exemplo de jogos ou bebidas, enfim, tenta-se saber como é o seu comportamento social, que poderá ou não ter influenciado no cometimento da infração penal.

Importante salientar que conduta social não se confunde com antecedentes penais, razão pela qual determinou a lei sua análise em momentos distintos. Alguns intérpretes, procurando, permissa vênua, distorcer a finalidade da expressão conduta social, procuram fazê-la de “vala comum” nos casos em que não conseguem se valer dos antecedentes penais para que possam elevar a pena-base. Afirmam alguns que se as anotações na folha de antecedentes criminais, tais como inquéritos policiais ou processos em andamento, não servirem para atestar os maus antecedentes do réu, poderão ser aproveitados para fins de aferição da conduta social. Mais uma vez, acreditamos, tenta-se fugir às finalidades da lei. Os antecedentes traduzem o passado criminal do agente, a conduta social deve buscar aferir o seu comportamento perante a sociedade, afastando tudo aquilo que diga respeito à prática de infrações penais. Assim, se inquéritos em andamento não poderão servir para fins de verificação de maus antecedentes, da mesma forma não se prestarão para efeitos de aferição de conduta social. Pode acontecer, até mesmo, que alguém tenha péssimos antecedentes criminais, mas, por outro lado, seja uma pessoa voltada à caridade, com comportamentos filantrópicos e sociais invejáveis.

Concluindo, não podemos confundir conduta social com antecedentes penais. Estes jamais servirão de base para a conduta social, pois abrange todo o comportamento do agente no seio da sociedade, afastando-se desse seu raciocínio seu histórico criminal, verificável em sede de antecedentes penais. (sem grifos no original).

Em razão de toda essa conjuntura, deve-se refutar a possibilidade de condenações criminais transitadas em julgado valorarem negativamente a conduta social.

Quanto ao vetor *personalidade do agente*, a mensuração negativa da referida moduladora “deve ser aferida a partir de uma análise pormenorizada, com base em elementos concretos extraídos dos autos, acerca da insensibilidade, desonestidade e modo de agir do criminoso para a consumação do delito [...]’ (HC 472.654/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 21/2/2019, DJe 11/3/2019)” (STJ, AgRg no REsp 1.918.046/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/04/2021, DJe 19/04/2021).

Segundo o escólio de Guilherme de Sousa Nucci (*op. cit.*, p. 390), o conceito de personalidade:

trata-se do conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida. 'A personalidade tem uma estrutura muito complexa. Na verdade é um conjunto somatopsíquico (ou psicossomático) no qual se integra um componente morfológico, estático, que é a conformação física; um componente dinâmico-humoral ou fisiológico, que é o temperamento; e o caráter, que é a expressão psicológica do temperamento (...). Na configuração da personalidade congregam-se elementos hereditários e socioambientais, o que vale dizer que as experiências da vida contribuem para a sua evolução. Esta se faz em cinco fases bem caracterizadas: infância, juventude, estado adulto, maturidade e velhice" (GUILHERME OSWALDO ARBENZ, Compêndio de medicina legal). *É imprescindível, no entanto, haver uma análise do meio e das condições onde o agente se formou e vive, pois o bem-nascido, sem ter experimentado privações de ordem econômica ou abandono familiar, quando tende ao crime, deve ser mais severamente apenado do que o miserável que tenha praticado uma infração penal para garantir a sua sobrevivência.* Por outro lado, personalidade não é algo estático, mas encontra-se em constante mutação. [...]. Estímulos e traumas de toda ordem agem sobre ela. Não é demais supor que alguém, após ter cumprido vários anos de pena privativa de liberdade em regime fechado, tenha alterado sobremaneira sua personalidade. O cuidado do magistrado, nesse prisma, é indispensável para realizar justiça. **São exemplos de fatores positivos da personalidade: bondade, calma, paciência, amabilidade, maturidade, responsabilidade, bom humor, coragem, sensibilidade, tolerância, honestidade, simplicidade, desprendimento material, solidariedade. São fatores negativos: maldade, agressividade (hostil ou destrutiva), impaciência, rispidez, hostilidade, imaturidade, irresponsabilidade, mau-humor, covardia, frieza, insensibilidade, intolerância (racismo, homofobia, xenofobia), desonestidade, soberba, inveja, cobiça, egoísmo.** [...]. Segundo nos parece, a simples existência de inquéritos e ações em andamento, inquéritos arquivados e absolvições por falta de provas não são instrumentos suficientes para atestar a personalidade do réu. Em verdade, não servem nem mesmo para comprovar maus antecedentes. **Aliás, personalidade distingue-se de maus antecedentes e merece ser analisada, no contexto do art. 59, separadamente.** Por isso, é imprescindível cercar-se o juiz de outras fontes, tais como testemunhas, documentos etc., demonstrativos de como age o acusado na sua vida em geral, independentemente de acusações no âmbito penal. Somente após, obtidos os dados, pode-se utilizar o elemento personalidade para fixar a pena justa. (sem grifos no original).

A despeito da existência de julgados mais antigos das Quinta e Sexta Turmas, no mesmo sentido do acórdão embargado, a exemplo daqueles indicados pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios em suas contrarrazões, a jurisprudência de ambas as Turmas que compõem esta Terceira Seção se consolidou nos exatos termos em que o Tema n. 1.077 foi delimitado

nestes autos. Confirmam-se ilustrativamente, os seguintes julgados unânimes desta Corte:

Eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte. (EAREsp 1.311.636/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 10/04/2019, DJe 26/04/2019.)

Acerca de condenações anteriores, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, alterando seu posicionamento sobre o tema, decidiu que as condenações transitadas em julgado não são fundamentos idôneos para se inferir a personalidade do agente voltada a prática criminosa ou até mesmo para certificar sua conduta social inadequada. (HC 609.520/PE, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 03/11/2020, DJe 12/11/2020.)

Eventuais condenações criminais transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não mais se admitindo para as vetoriais da personalidade ou da conduta social do agente. (AgRg no REsp 1.863.240/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 15/09/2020, DJe 23/09/2020.)

Recentemente, decidiu-se que “eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente” (REsp n. 1.688.077/MS, Terceira Seção, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 28/08/2019). (AgRg no REsp 1.886.303/RN, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 01/09/2020, DJe 14/09/2020.)

A Terceira Seção fixou o entendimento de que “condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais” (REsp n. 1.688.077/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 3ª S., DJe 28/8/2019).

Se existe uma circunstância judicial específica destinada à valoração do passado desabonador do réu (antecedentes), revela-se uma imprecisão intitulá-la de personalidade ou de conduta social negativas. (AgRg no HC 582.412/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/06/2020, DJe 23/06/2020.)

[A] Terceira Seção deste Tribunal assentou o entendimento no sentido de que eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. (AgRg no HC 456.060/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/06/2020, DJe 30/06/2020.)

Em conclusão, o vetor dos *antecedentes* é o que se refere única e exclusivamente ao histórico criminal do agente. “O conceito de *maus antecedentes*, por ser mais amplo do que o da reincidência, abrange as condenações definitivas, por fato anterior ao delito, transitadas em julgado no curso da ação penal e as atingidas pelo período depurador, ressalvada casuística constatação de grande período de tempo ou pequena gravidade do fato prévio” (STJ, AgRg no AREsp 924.174/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016).

E, a propósito, “[a] jurisprudência desta Suprema Corte (e a do Superior Tribunal de Justiça) orienta-se no sentido de **repelir a possibilidade jurídica de o magistrado sentenciante valorar negativamente, na primeira fase da operação de dosimetria penal, as circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social, quando se utiliza, para esse efeito, de condenações criminais anteriores, ainda que transitadas em julgado, pois esse específico aspecto (prévias condenações penais) há de caracterizar, unicamente, maus antecedentes**” (STF, RHC 144.337-AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 22/11/2019; sem grifos no original).

Considerados os fundamentos acima, constato que neste recurso especial, houve violação do art. 59 do Código Penal, em razão da impossibilidade de se valer o Magistrado sentenciante de condenação transitada em julgado para valorar negativamente a personalidade do agente.

A 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ao julgar a apelação n. 0004232-72.2017.8.07.0007, deu parcial provimento ao recurso para “*excluir a causa de aumento relativa ao emprego de arma (faca) e reduzir a pena privativa de liberdade para 6 (seis) anos de reclusão e a de multa para 15 (quinze) dias-multa, mantendo, no mais, a r. sentença*” (fl. 272). Manteve, no mais, a dosimetria implementada pelo Juízo de primeiro grau, nestes termos (fls. 266-268; grifo nosso):

“A culpabilidade não extrapola a reprovabilidade do próprio tipo, pois nada de excepcional foi praticado. O réu possui maus antecedentes, pois

ostenta três condenações criminais com trânsito em julgado por fatos anteriores, de modo que utilizo o registro de fl. 29, para avaliar de forma negativa essa circunstância judicial. Não constam dos autos elementos que se prestem à valoração adequada da conduta social do réu. *A personalidade do agente é voltada para a prática de crimes, fato que se comprova pela sua folha de antecedentes penais, especialmente pela certidão de fl. 30, não utilizada como maus antecedentes e, portanto, não configurando bis in idem (STJ - HC 205.902/SP).* O motivo não foi identificado, senão o intuito de lucro fácil e ilícito. As circunstâncias do crime, em virtude de ter sido cometido pelo emprego de arma, são consideradas como causa de aumento, motivo pelo qual não deve ser realizada qualquer avaliação negativa nesta fase. As consequências não foram mais graves do que as previstas no tipo e as vítimas não contribuíram para o evento danoso.

Nesse diapasão, considerando que os antecedentes e a personalidade são desfavoráveis ao réu, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos 4 (quatro) meses de reclusão, por entender ser a pena necessária e suficiente para a prevenção e repressão do crime.

[...]"

Na primeira fase, o MM. Juiz sentenciante considerou como desfavoráveis ao apelante as circunstâncias judiciais referentes aos seus antecedentes e personalidade, fixando a pena-base 1 (um) ano e 4 (quatro) meses acima do mínimo legal, o que a meu ver não merece reparos. Com efeito, o magistrado sentenciante analisou-as de forma negativa, com base nas diversas condenações transitadas em julgado que registra o réu, sobretudo aquelas constantes às fls. 29 e 30, nas quais constam, respectivamente, a condenação do réu pelos delitos descrito no artigo 129, § 9º, do Código Penal e artigo 157, § 2º, incisos 1 e II, do Código Penal, por fatos praticados antes dos narrados nos presentes autos, ambas transitadas em julgado, em 31/08/2016 e 11/10/2016, lembrando que os fatos aqui analisados ocorreram em 23/04/2017. Destaca-se que *a jurisprudência é pacífica no sentido de ser possível a valoração negativa dos antecedentes, personalidade e conduta social do agente, além do reconhecimento da reincidência, quando este possuir várias condenações anteriores com trânsito em julgado, sendo prescindível a elaboração de laudo técnico, bastando que sejam utilizadas distintas condenações.* [...]

Como se vê, a valoração negativa da personalidade foi lastreada apenas nos antecedentes do Réu, o que contraria a atual e uníssona jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Merece reparo, portanto, a dosimetria.

Na primeira fase, decotado o aumento ocorrido em razão da personalidade do agente, fixo a pena-base em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa.

Na segunda fase, mantenho o aumento de 8 (oito) meses implementado em razão da reincidência (fl. 189 e fl. 270), fixando a pena intermediária em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 12 (doze) dias-multa.

Na terceira fase, com o parcial provimento do apelo defensivo pelo Tribunal *a quo*, foi excluída a causa de aumento relativa ao emprego de arma (faca), inexistindo outra causa de aumento ou diminuição. Fica, assim, estabelecida a pena definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 12 (doze) dias-multa, fixado o valor unitário em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, devidamente corrigido.

Mantenho o regime inicial fechado para cumprimento da pena, em razão da reincidência.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, para redimensionar a pena do Recorrente, nos termos acima explicitados, com a fixação da seguinte tese: *Condenações criminais transitadas em julgado, não consideradas para caracterizar a reincidência, somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização para desabonar a personalidade ou a conduta social do agente.*

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: Neste recurso, representativo de controvérsia, a Terceira Seção fixou a tese jurídica de que condenações criminais transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes, não se admitindo sua consideração, também, para desabonar a personalidade ou a conduta social do réu.

Aderi ao voto da Ministra Laurita Vaz, mas com uma consideração, a ser observada em caso excepcional.

Desde o julgamento do HC n. 348.451/RJ, em 26/4/2016, no qual fiquei vencido, externei a compreensão de que *os maus antecedentes não podem ser desmembrados, na primeira fase da dosimetria, com o propósito de*

valorar simultaneamente mais de uma circunstância judicial do art. 59 do CP. Exemplificando: se o sentenciado ostenta três condenações definitivas, o juiz não pode distribuir cada uma delas entre os antecedentes, a personalidade e a conduta social. Esse subterfúgio caracteriza *bis in idem*, pois, afinal, apenas um dado desabonador (passado) não pode justificar, múltiplas vezes, o recrudescimento da pena na mesma fase da dosimetria.

A jurisprudência evoluiu e esse entendimento passou a ser adotado tanto pela Quinta quanto pela Sexta Turma. Em 2019, houve importante julgado da *Terceira Seção*, da relatoria do Ministro *Reynaldo Soares*, no EAREsp n. 1.311.636/MS, que uniformizou a jurisprudência, *in verbis*:

[...]

2. Eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte.

3. A conduta social e a personalidade do agente não se confundem com os antecedentes criminais, porquanto gozam de contornos próprios - referem-se ao modo de ser e agir do autor do delito -, os quais não podem ser deduzidos, de forma automática, da folha de antecedentes criminais do réu. Trata-se da atuação do réu na comunidade, no contexto familiar, no trabalho, na vizinhança (conduta social), do seu temperamento e das características do seu caráter, aos quais se agregam fatores hereditários e socioambientais, moldados pelas experiências vividas pelo agente (personalidade social). Já a circunstância judicial dos antecedentes se presta eminentemente à análise da folha criminal do réu, momento em que eventual histórico de múltiplas condenações definitivas pode, a critério do julgador, ser valorado de forma mais enfática, o que, por si só, já demonstra a desnecessidade de se valorar negativamente outras condenações definitivas nos vetores personalidade e conduta social.

4. Havendo uma circunstância judicial específica destinada à valoração dos antecedentes criminais do réu, revela-se desnecessária e "inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativa a personalidade ou a conduta social do agente" (HC 366.639/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017). Tal diretriz passou a ser acolhida mais recentemente pela colenda Sexta Turma deste Tribunal [...]. Uniformização jurisprudencial consolidada.

[...]

Assim, o histórico criminal do agente está relacionado aos seus maus antecedentes e, na primeira fase da dosimetria, não pode ser distribuído para negativar,

simultaneamente, outras circunstâncias do art. 59 do CP, como a conduta social ou a personalidade. Essa é a ratio decidendi do recurso especial repetitivo, com a qual concordo integralmente, sem nenhuma divergência.

Entretanto, existe outra situação relacionada à fixação da pena-base que, excepcionalmente, aporta à esta Corte, não encartada nos parâmetros do precedente, porquanto relacionada ao *mero erro de designação da circunstância judicial do art. 59 do CP*. Nessa situação, impõe-se o *distinguishing*.

Quando o julgador mencionar que o réu possui várias condenações criminais transitadas em julgado, não utilizadas para fins de reincidência, mas, por atecnia, intitular todas *as anotações como personalidade desfavorável (ou como conduta social)*, mas sem nenhuma situação de *bis in idem* – sem, ao mesmo tempo, negativar os maus antecedentes –, *não podemos descartar o dado objetivo apenas porque houve atecnia na classificação da correta circunstância do art. 59 do CP*.

Objetivamente, *o passado desabonar existe e justifica a mais severa individualização da pena, para repressão e prevenção do delito. O histórico criminal não deixa de existir apenas porque houve imprecisão ao intitulá-lo de personalidade ou de conduta social negativa*. Neste caso, como o erro é apenas na nomeação da vetorial, basta a sua correção, para correta designação como maus antecedentes.

Aliás, no julgamento do HC n. 501.144, em 10/3/2020, a Sexta Turma assim decidiu:

Habeas corpus. Estelionato. Dosimetria. Registros criminais anteriores nominados de conduta social. Atecnica. Correção do título da circunstância judicial para maus antecedentes. Consideração desfavorável das consequências do crime. Falta de fundamentação. Decote da vetorial. *Habeas corpus* parcialmente concedido.

1. A Terceira Seção fixou o entendimento de que “condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais” (REsp n. 1.688.077/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 3ª S., DJe 28/8/2019).

2. Se existe uma circunstância judicial específica destinada à valoração do passado desabonador do réu (antecedentes), revela-se uma imprecisão intitulá-la de personalidade ou de conduta social negativas.

3. Todavia, não se pode perder de vista que a dicção legal não impõe ao julgador a obrigatoriedade de nomear as circunstâncias legais. O que é cogente na tarefa individualizadora da pena-base é indicar peculiaridades concretas dos autos, relacionadas às oito vetoriais do art. 59 do CP. Se a sentença mencionar

várias condenações definitivas anteriores do réu para aumentar a sanção básica, sem dar título algum à circunstância, não haverá vício no *decisum*.

4. As instâncias ordinárias mencionaram cinco condenações definitivas da paciente como justificativa para o recrudescimento da reprimenda na primeira fase da dosimetria. Entretanto, os registros não foram corretamente designados como maus antecedentes, mas sim como conduta social. O erro do pronunciamento está relacionado somente à atecnia na nomeação da circunstância legal. Assim, em habeas corpus, deve ser corrigida a palavra imprópria, para que o dado concreto levado em conta pelo juiz seja chamado de maus antecedentes.

5. A motivação da decisão (anotações criminais anteriores), que permitiu ao operador do direito expor a razão da escolha da sanção ao fato sob julgamento e possibilitou à defesa compreender e fiscalizar sua atuação, permanece hígida. O fundamento está relacionado à justa reprovação e prevenção do crime e não pode, portanto, ser desconsiderado apenas porque houve imprecisão na sua classificação, caso contrário seria conferido à ré, em igual intensidade, a mesma retribuição cabível aos agentes neófitos em práticas ilícitas, o que afrontaria o princípio da igualdade.

[...]

7. *Habeas corpus* parcialmente concedido, a fim de afastar a análise desfavorável das consequências do crime e corrigir a falta de técnica na denominação dos registros criminais da paciente, doravante intitulados de maus antecedentes, e não de conduta social.

(HC n. 501.144/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 17/3/2020).

Sugeri, nos debates da Seção, que a redação do Tema n. 1.077 fosse alterada, a fim de que constasse: as condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência devem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo seu desmembramento para valoração *cumulativa* da personalidade ou da conduta social do agente.

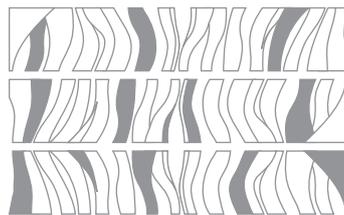
Entretanto, os demais membros da Terceira Seção concordam com a proposta apresentada pela relatora, nos seus termos.

Ressalva-se, entretanto, a possibilidade **de interpretação do precedente no caso concreto**. Com a manifestação do Ministro *Reynaldo Soares*, explicando que o caso ressaltado é raríssimo, pois 99% dos casos que discutem ilegalidade na fixação da pena-base versam sobre o desmembramento dos antecedentes para negatização cumulativa da personalidade ou da conduta social, o Ministro *Ribeiro Dantas* pontua que a melhor solução é padronizar a situação geral e manter a redação do Tema n. 1.077, com o propósito de estabelecer uma

orientação clara aos juízes, de que existe circunstância judicial específica no art. 59 do CP destinada à valoração do passado desabonador do réu (antecedentes) e revela-se uma imprecisão intitulá-la de personalidade ou de conduta social negativas.

Quando o magistrado, mesmo assim, incidir em equívoco na nomeação da circunstância judicial (sem prejuízo ao réu, pois, afinal, não houve repetição do mesmo argumento para exasperar a pena-base ou, ainda, falta de motivação idônea para tanto) será possível a pontual correção, vale dizer, se o erro está no nome da circunstância judicial, esse é o exato tópico a ser reparado, sem redução da sanção básica.

Assim, *acompanho integralmente o voto da Ministra Laurita Vaz*, mas deixo registrada a possibilidade de não aplicação do precedente quando houver distinção entre o caso concreto (classificação errônea da circunstância do art. 59 do CP) e o fato discutido pela Terceira Seção, que serviu de base à tese jurídica (distribuição de condenações como antecedentes e, também, como personalidade ou conduta social, em indevido *bis in idem*).



Quinta Turma

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 701.833-SP (2015/0105835-2)

Relator: Ministro Ribeiro Dantas

Agravante: Hamilcar Schiavetti

Advogados: Sérgio Salgado Ivahy Badaró - SP124529

Rogério Nemeti e outro(s) - SP208529

Agravado: Ministério Público Federal

EMENTA

Penal e Processo Penal. Agravo em recurso especial. Evasão de divisas. Art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1982. Alegada ilicitude das provas que embasaram a condenação. Dados bancários obtidos por autoridades norte-americanas, em conformidade com a legislação local, e remetidas à Polícia Federal. Falta de participação das autoridades centrais de Brasil e EUA neste procedimento. Nulidade. Inocorrência. Interpretação sistemática do acordo de cooperação jurídica firmado entre os dois países. Pretensão de incidência da exceção de ordem pública (art. 17 da LINDB). Descabimento. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial.

1. O recorrente se insurge contra o reconhecimento da licitude das provas que fundamentaram sua condenação (a saber, dados e extratos bancários remetidos por autoridades norte-americanas à PF e à 2ª Vara Federal de Curitiba/PR, os quais demonstravam a existência de depósito em conta corrente no Delta National Bank de Nova Iorque).

2. Em hipóteses semelhantes, também em processos derivados das investigações do *Caso Banestado*, as duas Turmas da Terceira Seção desta Corte Superior já se manifestaram pela validade das provas obtidas por meio de cooperação jurídica internacional na modalidade de auxílio direto.

3. A colaboração entre Brasil e EUA é regulada pelo Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal (conhecido pela sigla MLAT, de *Mutual Legal Assistance Treaty*), incorporado ao ordenamento nacional pelo Decreto 3.810/2001. Seu art. 4º institui um procedimento

específico para as solicitações de cooperação, com a participação das autoridades centrais de cada país (o Ministério da Justiça, no Brasil, e o Procurador-Geral, nos EUA).

4. O MLAT busca facilitar a cooperação entre os Estados signatários, não só pelo rito do art. 4º (em que a solicitação é feita pela autoridade central do país requerente), mas também por “qualquer outra forma de assistência” (art. 1º, n. 2, “h”), “ajuste ou outra prática bilateral cabível” (art. 17). Tratar o procedimento formal do art. 4º como impositivo, sob pena de nulidade das provas obtidas por formas atípicas de cooperação, desconsideraria o teor destes textos normativos e violaria frontalmente o art. 1º, n. 5, do Acordo.

5. Respeitadas as garantias processuais do investigado, não há prejuízo na cooperação direta entre as agências investigativas, sem a participação das autoridades centrais. A ilicitude da prova ou do meio de sua obtenção somente poderia ser pronunciada se a parte recorrente demonstrasse alguma violação de suas garantias ou das específicas regras de produção probatória, o que não aconteceu.

6. Como a manutenção de valores na agência do Delta National Bank ocorreu em Nova Iorque, é à luz da legislação daquele Estado que deve ser aferida a licitude da obtenção das provas, segundo o art. 13 da LINDB. Neste ponto, não há controvérsia: tanto o recorrente (e-STJ, fls. 816) como o acórdão recorrido (e-STJ, fl. 673) concordam que o acesso às informações bancárias ocorreu em conformidade com a legislação então vigente no Estado de Nova Iorque.

7. Não viola a ordem pública brasileira (prevista como regra de exclusão no art. 17 da LINDB) o compartilhamento de dados bancários que, no Estado de origem, foram obtidos sem prévia autorização judicial, pois a reserva de jurisdição não era exigida pela legislação local.

8. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do agravo para negar provimento ao recurso especial. Os

Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 04 de maio de 2021 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

DJe 10.5.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de agravo contra a decisão que inadmitiu o recurso especial interposto por *Hamilcar Schiavetti*, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, no qual se insurge contra acórdão proferido pelo TRF da 3ª Região, assim ementado:

Penal. Processual Penal. Evasão de divisas (Lei n. 7.492/86, art. 22, parágrafo único, parte final). Ilicitude de prova; Preliminar afastada. Materialidade, autoria e dolo comprovados. Atestada a tipicidade material e formal das condutas imputadas ao apelante. Reduzido o valor do dia-multa. Apelação parcialmente provida.

1. Afastada a alegação da imprestabilidade da prova colhida no exterior. As provas que embasam a denúncia foram obtidas de modo lícito, sendo encaminhadas pelas autoridades estadunidenses, não havendo, pois, falar-se em ilegitimidade ou ineficácia das aludidas provas.

2. A manutenção de depósito de valores no exterior, sem a declaração ao órgão competente - Receita Federal e Banco Central -, configura o delito de evasão de divisas previsto na parte final do parágrafo único do art. 22, da Lei n. 7.492/86. Precedentes da doutrina e da jurisprudência.

3. Em se tratando de crime formal e de perigo abstrato, não se exige nenhum resultado material, sendo suficiente, para responsabilização do agente apenas a sua prática. Assim, no caso, a mera omissão na prestação de informações dos depósitos mantidos no estrangeiro às autoridades competentes enseja a aplicação das sanções penais correspondentes.

4. Por essas razões, já se decidiu que é de todo prescindível a existência de lançamento definitivo de eventual crédito tributário para o reconhecimento da tipicidade ou punibilidade do delito em questão (TRF4 - ACR 2000040113469-0/PR, Sétima Turma, j. 12.06.07), de modo que, se como aduz a defesa, a SRFB informou que nada havia de relevante em relação ao Apelante que ensejasse a abertura de ações fiscais, isso, porém, não tem o condão de retirar a tipicidade material das condutas praticadas pelo Apelante.

5. A par da materialidade, a autoria e o dolo do Apelante restaram igualmente comprovados.

6. Havendo, pois, elementos suficientes para a condenação do Apelante como incurso nas sanções art. 22, parágrafo único, parte final, da Lei n. 7.492/86, é de ser mantida a condenação proferida em primeiro grau de jurisdição.

7. No que toca à dosimetria das penas, tanto a pena privativa de liberdade, como as penas restritivas de direitos, foram corretamente aplicadas e merecem ser mantidas nos moldes em que estatuídas pelo juízo sentenciante. A mesma conclusão se aplica ao *quantum* da pena de multa, fixado em 30 (trinta) dias-multa.

8. Em virtude do pedido deduzido pelo defensor do Apelante na sessão de julgamento, fica reduzido o valor de cada dia multa para 2,5 (dois e meio) salários-mínimos vigentes à época dos fatos, devidamente corrigidos. Deveras, o valor do dia-multa fixado na sentença - 5 (cinco) salários-mínimos - figura-se excessivo se considerado que o recorrente já terá de arcar com o pagamento de prestação pecuniária no valor equivalente a 74 (setenta e quatro) salários-mínimos.

9. Apelação parcialmente provida, tão somente para reduzir o valor do dia-multa (e-STJ, fls. 671-686).

Na origem, o MPF denunciou o ora recorrente pela prática do delito previsto no art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986 (e-STJ, fls. 258-259). Para tanto, o *Parquet* aduziu que o acusado manteve numerário em conta corrente no Delta National Bank, sediado nos EUA, nos anos de 1999 a 2005, sem informar tal fato à RFB ou ao *Bacen*. A denúncia decorreu de inquérito instaurado pela PF (e-STJ, fls. 10-11) no âmbito de investigações da Força Tarefa CC5 sobre contas bancárias que receberam recursos oriundos da agência do extinto Banco do Estado do Paraná (Banestado) na cidade de Nova York.

A partir de requerimento formulado pela PF 23/11/2004 (e-STJ, fls. 15-18), o juízo da 2ª Vara Federal de Curitiba/PR decretou a quebra de sigilo bancário de diversas contas mantidas no Delta Bank, no dia 24/11/2004 (e-STJ, fls. 20-22). Em solo norte-americano, o compartilhamento dessas informações já havia sido deferido em 16/12/2003, quando a Suprema Corte do Estado de Nova Iorque determinou que a respectiva Procuradoria Distrital enviasse ao Ministério da Justiça brasileiro (e à CPI formada no Congresso Nacional para apurar o conhecido *Caso Banestado*) diversos documentos relativos a movimentações financeiras consideradas suspeitas (e-STJ, fls. 23-26). Foi a partir deste acervo que se localizou a conta bancária do recorrente (e-STJ, fls. 27-78).

Após o recebimento do material remetido pela Procuradoria de Nova Iorque, o magistrado da 2ª Vara Federal de Curitiba/PR encaminhou os autos à Justiça Federal de São Paulo/SP, local de domicílio do recorrente (e-STJ, fl. 84).

Já perante o novo juízo, o *Parquet* ofereceu a denúncia, recebida em fevereiro de 2009 (e-STJ, fl. 260). Após a resposta à acusação (e-STJ, fls. 278-304), foram ouvidas as testemunhas defensivas em audiências (e-STJ, fls. 337-341 e 399-405), e ao final interrogou-se o réu (e-STJ, fls. 405-408); os memoriais, por sua vez, foram apresentados de forma escrita (e-STJ, fls. 417-480).

Em sentença (e-STJ, fls. 482-496), o juízo de primeiro grau condenou o acusado pelo delito imputado na denúncia, impondo as penas de 3 anos de reclusão (substituída por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 70 salários-mínimos) e 30 dias-multa.

Interposta apelação (e-STJ, fls. 533-601), o Tribunal de origem deu-lhe parcial provimento, apenas para minorar a sanção monetária, no acórdão cuja ementa se transcreveu acima.

Opostos embargos de declaração contra este aresto, foram rejeitados (e-STJ, fls. 705-714).

Nas razões de seu recurso especial (e-STJ, fls. 766-825), a defesa aponta violação do art. 157, *caput* e § 1º, do CPP. Para tanto, narra que as provas que embasaram a condenação foram obtidas em desconformidade com o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal (conhecido pela sigla MLAT, de *Mutual Legal Assistance Treaty*), celebrado entre os EUA e o Brasil e incorporado ao ordenamento nacional pelo Decreto 3.810/2001.

Argumenta que a decisão da 2ª Vara Federal de Curitiba/PR não poderia ter sido cumprida imediatamente no exterior, pois não competiria àquele juízo decretar a quebra de sigilo de contas bancárias sediadas fora do território nacional. Em sua ótica, caberia à autoridade central brasileira solicitar à norteamericana o envio dos dados almejados pelo aparato investigador, conforme o procedimento previsto no MLAT. Em razão deste descumprimento, não foi garantido ao acusado o exercício prévio do direito ao contraditório, que a defesa entende necessário.

Aduz que a autenticação dos documentos incriminadores pelo Consulado brasileiro e o seu envio pela Procuradoria de Nova Iorque ocorreram na mesma data (24/11/2004) em que foi proferida a decisão de quebra de sigilo pelo juízo da 2ª Vara Federal de Curitiba/PR, a indicar que as autoridades brasileiras e estadunidenses já tinham acesso a tais provas antes mesmo da autorização judicial.

Afirma que a obtenção da relação de contas mantidas por brasileiros no Delta Bank - lista que fundamentou o requerimento da PF para a quebra do sigilo bancário - foi, ela própria, obtida de forma também ilícita, pois entregue às autoridades brasileiras pelas americanas à míngua de decisão judicial. Destarte, e ainda que se reconhecesse a validade das provas obtidas após a quebra de sigilo, a ilicitude da lista de contas bancárias contaminaria todas as provas presentes nos autos, porque seriam da primeira derivadas.

Caso superada esta nulidade, a defesa pleiteia que as provas sejam consideradas ineficazes, por ofenderem a ordem pública brasileira, nos termos do art. 17 da LINDB - já que, apesar de permitida pela direito norte-americano, a quebra do sigilo bancário sem prévia decisão judicial afronta o regramento pátrio.

Em suas contrarrazões (e-STJ, fls. 833-841), o órgão acusador defende a regularidade do procedimento de compartilhamento direto das provas, sendo desnecessárias a intermediação das autoridades centrais e a própria decisão judicial de quebra de sigilo.

O apelo nobre foi inadmitido na origem (e-STJ, fls. 854-862), com espeque na Súmula 7/STJ, ao que se seguiu a interposição de agravo (e-STJ, fls. 870-931).

Remetidos os autos a esta Corte Superior, o MPF sugeriu o desprovimento do agravo, em parecer assim ementado:

Penal. Processo Penal. Crime contra o sistema financeiro nacional. Evasão de divisas. Alegação de ilicitude de prova colhida no exterior por inobservância de acordo de assistência judiciária em matéria penal entre Brasil e Estados Unidos (Decreto n. 3.810/2001). Necessidade de reexame fático-probatório. Incidência da Súmula 7/STJ. Parecer pelo desprovimento do agravo (e-STJ, fls. 995-998).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator):

1. Considerações preliminares

O agravo combate de maneira específica o fundamento utilizado pela Corte de origem (qual seja, a incidência da Súmula 7/STJ) para obstar a tramitação do apelo nobre, de maneira que deve ser conhecido.

Ainda sobre o agravo, penso que o referido enunciado sumular realmente é inaplicável ao caso dos autos, como defende o agravante. A discussão devolvida a esta Corte Superior é limitada à licitude das provas oriundas de cooperação internacional, matéria estritamente jurídica e que pode ser decidida diante do quadro fático acima relatado.

Atendidos os demais requisitos de admissibilidade, também merece conhecimento o recurso especial, ora julgado conjuntamente, conforme a permissão do art. 1.042, § 5º, do CPC/2015.

Em breve síntese, a parte recorrente questiona a licitude das provas colhidas nos autos sob diversos aspectos. Seguindo a ordem cronológica dos documentos, o apelo nobre impugna a validade do compartilhamento da (I) relação de correntistas do Delta National Bank, enviada à PF pela Procuradoria de Nova Iorque, e (II) das informações bancárias detalhadas, como o contrato de abertura da conta bancária e os extratos de movimentação.

Sobre o primeiro documento, o recorrente compreende que não poderia ter sido obtido sem autorização judicial, de modo que não serviria para fundamentar a posterior decisão da 2ª Vara Federal de Curitiba/PR que ordenou a quebra do sigilo bancário. Quanto ao segundo conjunto de documentos, a defesa argumenta que a referida decisão serviu apenas para conferir aparência de legitimidade à atuação dos investigadores, os quais já teriam obtido a prova documental antes mesmo da permissão judicial.

Outrossim, o recurso especial defende que todo compartilhamento de provas entre Brasil e EUA deveria passar pelas autoridades centrais de ambos os países, sendo ilícita a colaboração informal entre as respectivas agências investigativas e órgãos acusadores.

São estes os questionamentos que devem ser respondidos no presente julgamento; passemos à sua análise.

2. Cooperação jurídica internacional: a problemática da intervenção das autoridades centrais

Primeiramente, é importante destacar que o procedimento adotado pela 2ª Vara Federal de Curitiba/PR nas apurações derivadas do inquérito do *Caso Banestado* já foi validado por esta Corte Superior, em casos análogos ao presente. As provas então colhidas, também mediante o envio direto de informações pelas autoridades estadunidenses, tiveram sua licitude afirmada pelos dois órgãos fracionários da Terceira Seção do STJ.

Na Quinta Turma, a questão foi enfrentada nos seguintes termos:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal. Princípio da colegialidade. Ofensa não configurada. Penal e Processo Penal. Crime contra o sistema financeiro nacional. Evasão de divisas. Alegação de ilicitude do contexto probatório derivado de cooperação jurídica internacional. Inocorrência. Acordo de assistência judiciária em matéria penal entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos da América. Decreto n. 3.810/2001. Amplo alcance com ressalva da inviolabilidade das leis dos países signatários. Sigilo bancário. Afastado pelas autoridades norte-americanas segundo o ordenamento jurídico vigente naquele país ao qual a agravante aceitou se submeter quando lá abriu a conta bancária. Impossibilidade de restrição à soberania do Estado Parte. Uso das informações na ação penal de origem sob a precedência de autorização pela autoridade judicial brasileira. Licitude. Depoimento de pessoa residente nos Estados Unidos da América. Colhido por meio de *mutual legal assistance treaty* - MLAT - em investigação policial diversa. Referência pelo decreto condenatório proferido nestes autos. Elemento de informação corroborado por provas produzidas sob o crivo do devido processo legal. Possibilidade. Reexame do conjunto fático-probatório. Vedação. Súmula 7/STJ. Dosimetria penal. Pena-base. Consequências do crime. Gravidade. Valor expressivo da movimentação financeira. Outras circunstâncias judiciais neutras. Irrelevância para o trabalho dosimétrico. Participação de menor importância. Necessidade de revolvimento de matéria fático-probatória. Impossibilidade. Continuidade delitiva. Fator de aumento. Longa duração da atividade ilícita. Agravo regimental desprovido.

1. Agravante condenada pela prática do crime previsto no art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei 7.492/1986 - Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional -, tendo-lhe sido cominada pena privativa de liberdade de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, substituída por duas restritivas de direitos, além de multa de 163 (cento e sessenta e três) dias-multa, à razão de 10 (dez) salários-mínimos vigentes à época dos fatos.

2. A instância ordinária, considerando os elementos de informação e provas disponíveis nos autos, concluiu que a agravante, em coautoria com o corréu Francisco Maurício da Silva, operou no mercado paralelo de câmbio, isto é, à margem do conhecimento e controle de órgão oficiais do Estado, no sistema de transferências internacionais informais ou, como vulgarmente se é conhecido, no sistema de "operações de cabo", "via-cabo" ou "dólar-cabo".

3. Consoante o acórdão recorrido, entre os anos de 2001 e 2002, por meio da conta n. 87000237 - apelidada "conta *DaSilva*" -, aberta e mantida junto ao Merchants Bank of New York, os réus, com união de desígnios e repartição de tarefas, utilizando-se de pessoa jurídica constituída em território brasileiro - Astra Câmbio e Turismo Ltda. -, promoveram diversas remessas de valores ao exterior, sem autorização legal, evadindo vultosa quantia em dinheiro.

4. A instância ordinária considerou legítimo o acesso a informações relacionadas à referida conta bancária, com base na certeza de que o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal firmado entre os governos da República Federativa do Brasil e dos Estados Unidos da América, precisamente por meio de seu artigo I, item 1, alínea “h”, prevê o amplo alcance da cooperação jurídica mútua entre os países, ressalvando, apenas, a inviolabilidade das leis do Estado requerido.

5. Com efeito, o fato de a investigação ter sido inicialmente deflagrada em território alienígena, sob controle de órgão oficial do Estado norte-americano, não desnatura a importância e juridicidade da descoberta sobre a existência da conta bancária titularizada pela agência de turismo administrada pela recorrente e a movimentação de alguns milhões de dólares num período menor de 1 (um) ano.

6. O MLAT não faz qualquer tipo de restrição à soberania do Estado signatário que, na posse de informações legalmente obtidas e documentadas, capazes de, em tese, revelar atividade delitiva relevante, decida submetê-las ao conhecimento das autoridades do outro país, competentes para eventual persecução criminal de comportamento contrário ao seu ordenamento jurídico.

7. Consoante orientação da Corte Especial deste Tribunal Superior, “um sistema eficiente de comunicação, de troca de informações, de compartilhamento de provas e de tomada de decisões e de execução de medidas preventivas, investigatórias, instrutórias ou acautelatórias, de natureza extrajudicial. O sistema de cooperação, estabelecido em acordos internacionais bilaterais e plurilaterais, não exclui, evidentemente, as relações que se estabelecem entre os órgãos judiciários, pelo regime das cartas precatórias, em processos já submetidos à esfera jurisdicional. Mas, além delas, engloba outras muitas providências, afetas, no âmbito interno de cada Estado, não ao Poder Judiciário, mas a autoridades policiais ou do Ministério Público, vinculadas ao Poder Executivo” (Rcl 2.645/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 18/11/2009, DJe 16/12/2009).

8. A cooperação e assistência judiciária mútua em matéria penal tem a proposta de “facilitar a execução das tarefas das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei de ambos os países”. Ademais, como bem observado pelo Tribunal de origem, para materializar o objetivo do Acordo, *o alcance da cooperação jurídica foi ampliado de modo a permitir “qualquer outra forma de assistência não proibida pelas leis do Estado requerido” - ex vi artigo I, item 1, alínea “h”.*

9. Esta Corte Superior já reconheceu, em situações análogas, o caráter cooperativo amplo do MLAT, quanto à forma de assistência entre os países signatários, sempre com propósito, é óbvio, de promover o controle da criminalidade transnacional e, com isso, o progresso da humanidade, comportamento que, cabe acrescentar, tem assento constitucional no âmbito do Direito interno - *ex vi art. 4º, IX, da CF. Precedentes.*

10. Ademais, segundo registrado pelo Tribunal *a quo*, os elementos de informação foram obtidos pelas autoridades norte-americanas com estrita obediência à legislação vigente naquele País e, ainda, houve efetiva participação do Poder Judiciário brasileiro na formação da prova utilizada como parâmetro da condenação.

11. Não há se falar em ilegalidade da quebra do sigilo bancário quando “a medida foi realizada para a obtenção de provas em investigação em curso nos Estados Unidos da América, tendo sido implementada de acordo com as normas do ordenamento jurídico lá vigente, sendo certo que a documentação referente ao resultado da medida invasiva foi posteriormente compartilhada com o Brasil por meio de acordo existente entre os países” (HC 231.633/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 03/12/2014).

12. Não bastasse, o acórdão recorrido consigna expressamente que o uso das informações bancárias pela Justiça brasileira foi precedida de autorização judicial, a qual reportou a suspeita de que a conta bancária mantida junto ao Merchants Bank of New York era utilizada para a prática de operações “dólar-cabo”.

[...]

24. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 547.028/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/8/2018, DJe 10/8/2018; grifou-se)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal e Processual Penal. Crime de evasão de divisas. Alegada violação ao acordo de cooperação em matéria penal entre Brasil e Estados Unidos. Decreto n. 3.810/01. Inexistência. Alegação de insuficiência de provas de fornecimento espontâneo por Governo Estrangeiro. Súmula n. 7 do STJ. Ofensa ao artigo 157 do CPP. Não ocorrência. Art. 13 do Decreto Lei n. 4.657/42. Decisão mantida por seus próprios fundamentos. Agravo regimental desprovido.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - O Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, internalizado no ordenamento pátrio pelo Decreto n. 3.810/01, objetiva facilitar a execução das tarefas das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei de ambos os países, na investigação, inquérito, ação penal e prevenção do crime por meio de cooperação e assistência judiciária mútua em matéria penal, *não sendo possível extrair da norma invocada qualquer proibição à existência de outras formas de cooperação para combater a prática criminosa, como ocorreu, com êxito, no caso em análise.*

III - A reforma do juízo formulado pelo eg. Tribunal Regional de origem, no que toca a inexistência de violação ao Decreto n. 3.810/01, demandaria

inevitavelmente o reexame do quadro fático-probatório, sendo, todavia, vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias no âmbito dos recursos extraordinários (Súmula 07/STJ e Súmula 279/STF).

IV - O art. 13 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro determina que a *prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar quanto aos meios de produzir-se*. Dessa forma, a prova lícitamente produzida em outro país certamente poderá ser aproveitada nas investigações levadas a efeito no Brasil, exceto em se tratando de prova que a lei brasileira desconheça, o que não é o caso, portanto, não ocorreu violação ao art. 157 do CPP.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1.704.644/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 13/11/2018, DJe 30/11/2018)

Na Sexta Turma, semelhantemente, as provas decorrentes de cooperação internacional no *Caso Banestado* foram aceitas em mais de um julgamento (v.g.: REsp 1.497.041/PR, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, DJe 9/12/2015; e (REsp 1.460.561/PR, Rel. Ministro *Sebastião Reis Júnior*, DJe 26/11/2018), cujas ementas deixo de transcrever para evitar repetição.

No presente caso, deve ser mantida a orientação já firmada por esta Corte Superior.

Com efeito, como destaca a parte recorrente, o art. 4º do MLAT entre Brasil e EUA institui um procedimento específico para as solicitações de cooperação, com a participação das autoridades centrais de cada país (o Ministério da Justiça e o Procurador-Geral, respectivamente). Não obstante, o descumprimento deste rito, por si só, não é causa suficiente para declarar a nulidade das provas decorrentes da colaboração. Impende, aqui, interpretar sistematicamente o sobredito art. 4º, cotejando-o com as demais normas extraídas do MLAT, para que uma leitura isolada do dispositivo não conduza a resultados não contemplados no escopo do Tratado.

Como se percebe já em seu art. 1º, n. 2, “h”, o MLAT busca *desburocratizar* a cooperação internacional em matéria penal, pois permite a utilização de “qualquer outra forma de assistência não proibida pelas leis do Estado requerido”. No mesmo sentido, o art. 17 determina que:

Os termos de assistência e demais procedimentos contidos neste acordo não constituirão impedimento a que uma parte preste assistência à outra com base em dispositivos de outros acordos internacionais aplicáveis, ou de conformidade com suas leis nacionais. *As partes podem também prestar-se assistência nos termos de qualquer acordo, ajuste ou outra prática bilateral cabível* (grifou-se).

Por fim, a redação mais incisiva pode ser encontrada no art. 1º, n. 5, do Tratado, cujo teor é o seguinte:

O presente acordo destina-se tão-somente à assistência judiciária mútua entre as partes. *Seus dispositivos não darão direito a qualquer indivíduo de obter, suprimir ou excluir qualquer prova* ou impedir que uma solicitação seja atendida.

Com isso, fica claro que a finalidade do MLAT é facilitar a cooperação entre os Estados signatários, não só pelo rito do art. 4º (em que a solicitação é feita pela autoridade central do país requerente), mas também por “qualquer outra forma de assistência” (art. 1º, n. 2, “h”), “ajuste ou outra prática bilateral cabível” (art. 17). Tratar o procedimento formal do art. 4º como impositivo, sob pena de nulidade das provas obtidas por formas atípicas de cooperação, desconsideraria o teor destes textos normativos e violaria frontalmente o art. 1º, n. 5, do MLAT.

Destarte, a veiculação de pedidos pelas autoridades centrais não é a única forma válida de compartilhamento - pelo menos no âmbito do Acordo de Assistência firmado entre Brasil e EUA -, que não veda a cooperação direta entre os órgãos investigadores de cada país. O que o Tratado proíbe, ao revés, é a supressão de alguma prova com espreque em seus dispositivos, até mesmo porque *o MLAT não contempla regras de validade da atividade de produção probatória*.

Tais regras são previstas no ordenamento jurídico de cada Estado, e é frente a elas que a prova oriunda da cooperação internacional deve ser valorada (sobre isto se falará mais adiante). O Tratado disciplina, tão somente, a possibilidade de compartilhamento das informações, sem instituir parâmetros legais específicos para o exame de sua licitude. A única ressalva feita pelo MLAT a esse compartilhamento, na verdade, refere-se aos casos em que o Estado requerido solicite a restrição no uso da informação (art. 7º, n. 1 e 2).

Não há semelhante regra de exclusão, todavia, direcionada à cooperação direta, quando feita sem a intermediação das autoridades centrais. E trata-se, aqui, de um silêncio eloquente: o MLAT poderia ter vedado o uso de provas fornecidas por meios diversos daquele previsto em seu art. 4º, até porque conferiu ao Estado requerido a prerrogativa de impor condições e restrições, discricionariamente, ao emprego do material fornecido. Contudo, o Tratado não o fez, e ainda deixou claro que suas normas não excluem outras maneiras de compartilhamento de informações, tampouco servem de fundamento para que se pleiteie a exclusão ou supressão de qualquer prova.

Essa escolha, aliás, é bem justificada, pois “uma conhecida e efetiva forma de acelerar a cooperação internacional é conduzir uma investigação paralela, e podem existir medidas que aumentem a utilidade dessas investigações. De modo geral, agências estatais em dois países diferentes podem compartilhar informações como parte da investigação do mesmo crime ou alvo. Estes procedimentos, em média, são muito mais rápidos do que MLATs” (SWIRE, Peter; HEMMING, Justin. Mutual legal assistance in an era of globalized communications: the analogy to the visa waiver program. *NYU Annual Survey of American Law*, Nova Iorque, v. 71, 2017, p. 720-721, tradução direta).

Não se nega a relevância do papel atribuído às autoridades centrais, a quem foi delegada a importante tarefa de dinamizar e facilitar o intercâmbio de informações entre países soberanos, providência bastante difícil no vetusto sistema de cartas rogatórias. O que não se pode é, com as devidas vênias, entender que a falta de intervenção das autoridades centrais, instituídas para agilizar a assistência jurídica, seria suficiente para impor um entrave burocrático adicional e anular as provas compartilhadas.

Ademais, se respeitadas as garantias processuais do investigado, não vislumbro qual seria o prejuízo decorrente da cooperação direta entre as agências policiais e acusadoras, sem a participação das autoridades centrais. Este fato não causa qualquer gravame ao investigado, tampouco implica maior onerosidade na atuação estatal em seu desfavor. A ilicitude da prova ou do meio de sua obtenção somente poderia ser pronunciada se a parte recorrente demonstrasse alguma violação de suas garantias, ou das específicas regras de produção probatória - temas que, como dito, não são objeto do MLAT.

Sobre este ponto, a defesa compreende que a omissão das autoridades centrais teria impedido o exercício do contraditório antes da realização da diligência de quebra de sigilo bancário. Este argumento, contudo, não prospera. Em primeiro lugar, porque o Tratado em comento não prevê, como consequência da intermediação das autoridades centrais, qualquer forma de notificação ou participação do investigado no procedimento de entrega de documentos, disciplinado no art. 13 do MLAT. E, em segundo lugar, porque a quebra do sigilo independe da anterior formação de contraditório, o qual é exercido de forma diferida, no curso do processo judicial, como já se pronunciou este STJ:

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Inquérito judicial instaurado contra magistrado federal. Ilicitude da prova. Inocorrência. Interceptação telefônica em juízo estadual. Indício de envolvimento do magistrado. Serendipidade

ou encontro fortuito de provas. Remetido o feito à autoridade competente. Nulidade não evidenciada. Desentranhamento de provas. Alegação de ingerência indevida na vida pessoal do investigado. Impossibilidade. Necessidade de análise probatória. Incompetência do Corregedor Regional. Inocorrência. Competência reconhecida pela Corte Especial do Tribunal de origem. Alteração do regime interno. Mudança no procedimento. Possibilidade. Princípio do *tempus regit actum*. Nulidade da decisão de quebra do sigilo bancário e fiscal. Inocorrência. Existência de fundamentação concreta. Inquérito judicial. Procedimento administrativo. Contraditório diferido. *Habeas corpus* denegado.

[...]

6. A adoção das medidas excepcionais de quebra do sigilo bancário, fiscal e telefônico da agravante encontra amparo na presença de indícios da autoria e da prova da materialidade dos crimes imputados, além da demonstração de imprescindibilidade das medidas para fins de esclarecimento dos fatos, situação que não pode ser considerada violadora de direito líquido e certo capaz de ensejar a concessão da segurança (AgRg no RMS 43.701/RJ, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, Quinta Turma, julgado em 20/3/2018, DJe 27/3/2018).

7. Considerando que o inquérito judicial é procedimento administrativo para apurar infração penal praticada por magistrado, é certo que, em relação aos elementos probatórios e as medidas de cautelares deferidas no curso da investigação, o exercício do contraditório fica diferido para a fase judicial, de acordo com o devido processo legal.

8. *Habeas corpus* denegado.

(HC 395.983/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 18/9/2018, DJe 26/9/2018)

Por todos estes fatores, penso que o compartilhamento direto de provas, sem requerimento formulado pela autoridade central brasileira e dirigido à norte-americana, não gera a nulidade enxergada pela defesa, devendo ser mantida a jurisprudência desta Corte Superior, formada em processos também derivados do *Caso Banestado*.

3. *Quebra de sigilo bancário, reserva de jurisdição e exceção da ordem pública*

Firmada a licitude do compartilhamento de provas, resta examinar as teses recursais relativas à falta de prévia autorização judicial para a obtenção dos dados bancários.

Para elucidar este aspecto, é importante relembrar o teor do art. 13 da LINDB, segundo o qual “a prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-

se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça”.

Como a manutenção de valores na agência do Delta National Bank ocorreu em Nova Iorque, é à luz da legislação daquele Estado que deve ser aferida a licitude da obtenção da supracitada prova. Confira-se, a propósito, o seguinte aresto da Corte Especial deste STJ:

Ação penal originária. Cooperação jurídica internacional. Prova produzida no exterior. Parâmetro de validade. Admissibilidade no processo. Ordem pública, soberania nacional e bons costumes. Violação. Inocorrência. Provas ilícitas derivadas. Frutos da árvore envenenada. Exceções. Teoria da mancha purgada. Nexo de causalidade. Atenuação. Prerrogativa de foro. Conexão e continência. Competência. Desmembramento. Foro prevalente. Art. 78 do CPP. Prejuízo concreto. Defesa. Ausência. Corrupção passiva qualificada. Aptidão da denúncia. Lavagem de dinheiro. Consunção. Matéria de prova. Atipicidade. Inocorrência. Recebimento.

1. O propósito da presente fase procedimental é verificar a aptidão da denúncia e a possibilidade de absolvição sumária do acusado, a quem é imputada a suposta prática dos crimes de corrupção passiva circunstanciada (art. 317, § 1º, do CP), por 17 (dezesete vezes), e de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/98).

2. *A provas obtidas por meio de cooperação internacional em matéria penal devem ter como parâmetro de validade a lei do Estado no qual foram produzidas, conforme a previsão do art. 13 da LINDB.*

3. A prova produzida no estrangeiro de acordo com a legislação de referido país pode, contudo, não ser admitida no processo em curso no território nacional se o meio de sua obtenção violar a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, em interpretação analógica da previsão do art. 17 da LINDB.

[...]

14. Preliminares rejeitadas. Denúncia recebida.

(APn 856/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 18/10/2017, DJe 6/2/2018; grifou-se).

Sobre este tema, não parece haver controvérsia: tanto o recorrente (e-STJ, fls. 816) como o acórdão recorrido (e-STJ, fl. 673) concordam que a obtenção dos dados cadastrais, do contrato de abertura da conta e dos extratos de sua movimentação ocorreu em conformidade com a legislação então vigente no Estado de Nova Iorque.

No direito brasileiro, como se sabe, a quebra do sigilo de tais informações se submete à reserva de jurisdição, na forma dos arts. 1º, § 4º, e 3º da Lei

Complementar 105/2001. Esta peculiaridade do ordenamento pátrio, contudo, não encontra par na legislação nova-iorquina. Em Nova Iorque, ainda na década de 1970, a Suprema Corte daquele Estado afirmou que a acusação tem a prerrogativa de encaminhar, ela própria, intimação (*subpoena*) para a entrega de documentos bancários (*Shapiro v. Chase Manhattan Bank*, 53 A.D. 2d 542, julgado em 15/6/1976); este entendimento, inclusive, tem sido confirmado em casos mais recentes (por exemplo: *People v. Lomma*, 35 Misc. 3d 396, julgado em 1/2/2012).

Por conseguinte, na forma do art. 13 da LINDB, não é possível declarar nulidade pela falta de prévia de decisão judicial quando da obtenção do documento de fls. 16-18 (e-STJ), no qual foram elencadas as contas de brasileiros no Delta National Bank. Se a validade da prova deve ser examinada tendo como parâmetro as normas estadunidenses, e o recorrente admite que estas permitiam a obtenção do documento diretamente pela Procuradoria do Estado, a inexistência de autorização judicial não inquina de qualquer vício a prova então encontrada pelas autoridades de Nova Iorque.

Da mesma forma, as suspeitas do recorrente quanto à data em que o restante da documentação (incluindo os extratos da conta) foi obtido perdem relevância.

Para a defesa, como a Procuradoria de Nova Iorque encaminhou os documentos ao Brasil exatamente no mesmo dia em que proferida a decisão de quebra de sigilo (24/11/2004), “não seria desarrazoado supor que tais documentos já deveriam estar em poder das autoridades brasileiras, antes mesmo da decisão” (e-STJ, fl. 800). Entretanto, ainda que o aparato de investigação tivesse conseguido tais provas antes da decisão de quebra de sigilo proferida pela 2ª Vara Federal de Curitiba/PR, como acredita o recorrente, elas permaneceriam válidas, na forma do art. 13 da LINDB, por ser dispensável a prévia autorização judicial.

Antevendo a possibilidade de reconhecimento da licitude das provas, por terem obedecido ao direito vigente no Estado de Nova Iorque, a defesa reclama a aplicação da parte final do art. 17 da LINDB, segundo a qual são ineficazes as normas e atos produzidos em outro país que violarem a *ordem pública* brasileira. O recorrente argumenta que, como o sigilo bancário integra a área de proteção do direito fundamental à intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna), a sua quebra sem o controle prévio do Poder Judiciário violaria o devido processo legal (inciso LIV do mesmo art. 5º) e, por consequência, a noção de ordem pública a que se refere o dispositivo supracitado.

A conhecida *exceção da ordem pública* não é exclusiva do direito brasileiro, mas permeia uma série de normas internacionais das mais diversas áreas. De acordos comerciais (art. 20, “a”, do GATT) até o ordenamento comunitário europeu (Regulação Roma I, art. 21), a exceção da ordem pública permite que determinado país recuse aplicação à norma estrangeira que “violou algum princípio fundamental de justiça, uma concepção prevalente da boa moral, uma tradição do bem comum profundamente enraizada” (PAULSEN, Monrad; SOVERN, Michael. Public policy in the conflict of laws. *Columbia Law Review*, Nova Iorque, v. 59, n. 7, 1956, p. 969, tradução direta).

Esta ferramenta é, contudo, de aplicação extraordinária, uma vez que “a ordem pública não é violada sempre que a lei do foro diferir da lei estrangeira; caso contrário, a exceção engoliria a regra” (KRAMER, Larry. Same-sex marriage, conflict of laws and the unconstitutional public policy exception. *Yale Law Journal*, New Haven, 1997, p. 1.970, tradução direta).

Levada ao extremo, a interpretação deste conceito jurídico indeterminado do art. 17 da LINDB terminaria por inutilizar o art. 13 da mesma Lei, porque qualquer diferença procedimental na legislação estrangeira (em relação à brasileira) sobre o rito de produção de uma prova a tornaria inválida. Seria instituída, assim, uma espécie de extraterritorialidade incondicionada da lei pátria em matéria probatória, resultado oposto ao esperado pela aplicação do art. 13 da LINDB.

Por isso, a exceção da ordem pública reclama sempre uma análise cuidadosa, para evitar a banalização do instituto e, em última instância, impedir o próprio isolamento do Brasil no meio internacional. É este neste sentido o alerta de Gustavo Ferraz Monaco, professor titular da USP:

Dizer que a ordem pública é excepcional é reconhecer que a ela não se deve recorrer cotidianamente. Se assim se faz, se se age não no extremo do “tudo é permitido” das angústias de Raskolnikov, mas no extremo oposto, o extremo do “tudo é proibido”, de tudo que vem de outra cultura ou de outro modo de pensar os problemas da vida humana em sociedade nos assusta; no extremo nacionalista e *lexforista* em que se interdita no foro a incidência de qualquer lei estrangeira pelo simples fato de ela apresentar diferenças, estaremos diante de outra coisa, mas nunca de uma exceção (A exceção de ordem pública internacional. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 114, jan.-dez. 2019, p. 233).

Assentadas estas premissas, penso que, no presente caso, não há afronta à ordem pública brasileira, mas apenas a existência de um tratamento jurídico

diferente sobre a produção de prova no Brasil e nos EUA. Para a obtenção das provas em análise, não foi violada qualquer norma cogente de direito internacional, não se agrediu a soberania brasileira e não se violou a dignidade do recorrente.

Cada país tem a independência para estabelecer quais medidas investigativas se submetem à reserva de jurisdição, como modo de instituir uma cautela adicional à tutela da intimidade de seus cidadãos. Não se pode, todavia, exigir uniformidade sobre o tema no regramento das quase duas centenas de Estados soberanos, sob pena de inviabilizar a cooperação jurídica internacional.

Enquanto cláusula geral, o devido processo legal (que inclusive é positivado também na 5ª e 14ª emendas à Constituição dos EUA) admite diferentes conformações legislativas, admitindo-se certa margem de discricionariedade ao legislador para definir seus contornos. Impor a necessidade de prévia autorização judicial para esta ou aquela medida interventiva se insere em tal âmbito, não sendo possível dizer que, apenas por não ter sido submetida à reserva de jurisdição, determinada diligência praticada no estrangeiro ofende o devido processo legal.

Situação diferente existiria se a obtenção da prova tivesse ocorrido, por exemplo, mediante tortura, ou em procedimento eivado de perseguição político-ideológica. Nestes casos, por certo, nem mesmo eventual permissão judicial poderia convalidar a prova, porquanto violada profundamente a dignidade do investigado. Isso mostra que, para avaliar a admissibilidade de uma prova à luz do art. 17 da LINDB, mais decisivo é o respeito à condição humana do indivíduo do que, propriamente, a reserva de jurisdição.

Em hipótese análoga, esta 5ª Turma também já admitiu a validade probatória de dados protegidos pelo sigilo bancário oriundos do exterior (e lá obtidos em conformidade com a legislação local, consoante o art. 13 da LINDB), mesmo que a quebra do sigilo respectivo não contasse com autorização judicial brasileira. Eis a ementa do julgado:

Penal e Processo Penal. Agravo em recurso especial. Operação Curação. Crime de evasão de divisas. Art. 22 da Lei n. 7.492/1986. (I) Colaboração premiada. Aplicação dos benefícios. Implementação dos requisitos. Necessidade de revolvimento fático-probatório. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. (II) Cooperação jurídica internacional. Prova produzida no exterior. Compartilhamento. Autorização judicial de uso das provas colhidas no exterior e de quebra de sigilo bancário. Parâmetros de validade atendidos. Arts. 13 e 17 da LINDB. Convenção Internacional de Palermo e Convenção Internacional de Mérida. Precedentes

desta eg. Corte Superior. (III) Dosimetria. Exasperação da pena-base. Valoração negativa das circunstâncias do delito e consequências do crime. Fundamentação idônea.

[...]

III - “A prova produzida no estrangeiro de acordo com a legislação de referido país pode, contudo, não ser admitida no processo em curso no território nacional se o meio de sua obtenção violar a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, em interpretação analógica da previsão do art. 17 da LINDB. [...] Na presente hipótese, as provas encaminhadas ao MP brasileiro são legítimas, segundo o parâmetro de legalidade suíço, e o meio de sua obtenção não ofende a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, até porque decorreu de circunstância autônoma interveniente na cadeia causal, a qual afastaria a mancha da ilegalidade existente no indício primário. Não há, portanto, razões para a declaração de sua inadmissibilidade no presente processo. [...] Preliminares rejeitadas. Denúncia recebida” (APn 856/DF, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe 6/2/2018).

IV - Nos termos do art. 13 do Decreto-Lei n. 4.657/42 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a prova dos fatos ocorridos no país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se. Dessa feita, verifica-se que, na hipótese, o compartilhamento das informações entre as autoridades brasileiras e holandesas observaram a legislação pertinente, em especial as Convenções multilaterais de Palermo e de Mérida, bem como o art. 13 da LINDB.

V - Imperioso assinalar que o sigilo bancário, tido como substrato da proteção constitucional da privacidade, não tem caráter absoluto. O ordenamento jurídico brasileiro abarca hipóteses de não incidência de sigilo (troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais; fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito; comunicação a autoridades competentes da prática de ilícitos penais ou administrativos que envolvam recursos públicos, entre outros), bem como hipóteses de transferência do sigilo dos dados e informações constantes nas contas correntes e aplicações diversas em instituições financeiras a outros entes. Dessa feita, não se verifica a suscitada contrariedade ao art. 17 do Decreto-Lei 4.657/42, sobretudo porque não verificado, *in casu*, qualquer ofensa à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes.

VI - Entender pela impossibilidade de compartilhamento de provas por meio de cooperações jurídicas internacionais significa inviabilizar a persecução penal de, além dos crimes de evasão de divisas e de lavagem de capitais, tantos outros delitos transnacionais, como o tráfico internacional de drogas, o tráfico internacional de pessoas, a pedofilia por meio da rede mundial de computadores, o tráfico internacional de armas, entre outros. Atenta ao fenômeno da

criminalidade globalizada e transnacional, essa eg. Corte Superior em diversas ocasiões tem afirmado e reafirmado a validade de provas produzidas no exterior e compartilhada por meio de cooperação jurídica internacional. Precedentes.

[...]

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.656.153/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 24/5/2018, DJe 30/5/2018)

Por todos estes fatores, reconheço a higidez da prova e rejeito a tese de sua ilicitude, permanecendo inalterada a condenação proferida nestes autos.

4. *Dispositivo*

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

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 1.555.030-GO (2019/0233236-0)

Relator: Ministro Ribeiro Dantas

Agravante: Ministério Público do Estado de Goiás

Agravado: I L D

Advogado: Calisto Abdala Neto e outro(s) - GO009631

EMENTA

Penal e Processo Penal. Agravo em recurso especial. Estupro de vulnerável. Crime cometido quando o autor tinha 19 e a vítima 13 anos de idade. Súmula 593/STJ. Irrelevância do consentimento ou da experiência sexual anterior. Impossibilidade, contudo, de imposição de pena, diante da excepcionalíssima situação dos autos. Namoro entre réu e vítima que teve continuidade, culminando em seu casamento (quando já adulta a ofendida). Família constituída, com dois filhos. Necessidade de preservar a escolha feita livremente pela ofendida,

como forma de evitar sua vitimização secundária. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial.

1. O réu I L D, à época com 19 anos de idade e padrasto da vítima C A C, manteve com ela relações sexuais no período de dezembro de 2012 a fevereiro de 2013. Em decorrência destes fatos, C A C, que tinha então 13 anos de idade, engravidou e deu à luz uma filha.

2. Nos termos da Súmula 593/STJ, o consentimento da vítima e sua experiência sexual prévia não afastam o crime do art. 217-A do CP. O caso concreto, todavia, possui peculiaridades que impedem a aplicação do enunciado sumular para impor, automaticamente, a condenação do recorrido.

3. O namoro entre réu e vítima teve continuidade, já depois de a moça atingir a idade permitida pela legislação, culminando em seu casamento. Posteriormente, desta união foi gerado um segundo filho, de modo que existe uma unidade familiar constituída livremente pela ofendida, quando esta já tinha idade para consentir.

4. A vitimização secundária consiste no sofrimento imposto à vítima de um crime pelo aparato estatal sancionador, por deixar de considerar seus anseios e sua dignidade enquanto pessoa humana.

5. Impor a pena de reclusão ao recorrido constituiria, na prática, em nova vitimização da ofendida. Esta, uma jovem moça com atualmente 21 anos, seria deixada com a hercúlea tarefa de educar e sustentar, sozinha, dois filhos pequenos, sem o apoio de seu marido.

6. Configura verdadeira contradição causar à vítima um sofrimento desta natureza, colocando sobre seus ombros tão pesada missão, quando o objetivo da norma penal é justamente protegê-la.

7. Não se propõe a superação da Súmula 593/STJ (tampouco da tese repetitiva firmada pela Terceira Seção no julgamento do REsp 1.480.881/PI), mas apenas se reconhece distinção entre a situação tratada pelo enunciado sumular e a excepcionalíssima hipótese dos autos, a reclamar tratamento jurídico diferenciado que preserve a liberdade de escolha da vítima e a família por ela constituída.

8. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do agravo para negar provimento ao recurso especial. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de maio de 2021 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

DJe 21.5.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se agravo contra a decisão que inadmitiu o recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Estado de Goiás*, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, no qual se insurge contra acórdão proferido pelo TJ/GO, assim ementado:

Apelação criminal. Estupro. Vulnerável. Absolvição. Atipicidade. Lesividade. Ausência. Consentimento. Discernimento. Constituição de família. Proteção do Estado. Súmula 593/STJ afastada. Particularidades do caso concreto.

1 - O art. 217-A do CP ampara a dignidade e o desenvolvimento sexual de crianças e adolescentes, pessoas em desenvolvimento, protegendo a liberdade e integridade daqueles que não possuem a capacidade de consentir validamente.

2 - Na hipótese, vê-se que a menor (13 anos) tinha à época da relação maturidade e pleno discernimento, ausente lesividade ao bem jurídico penalmente tutelado (atipicidade).

3 - Acusado e adolescente casaram-se e constituíram família, inclusive têm dois filhos. É cediço que a família, base da sociedade, deve contar com especial proteção do Estado (art. 226, CF). Eventual condenação na espécie violaria o preceito constitucional mencionado.

4 - Afastado o enunciado da Súmula 593/STJ excepcionalmente, diante da particularidade do caso. Apelo provido (e-STJ, fls. 269-278).

Na origem, o MP/GO denunciou o ora recorrido pela prática do crime de estupro de vulnerável, na forma majorada e em continuidade delitiva (arts. 217-A e 226, II, do CP). Como se colhe da denúncia (e-STJ, fls. 1-3), o réu I

L D, à época com 19 anos de idade e padrasto da vítima C A C, manteve com ela relações sexuais no período de dezembro de 2012 a fevereiro de 2013. Em decorrência destes fatos, C A C, que tinha então 13 anos de idade, engravidou e deu à luz uma filha, de nome I S C.

O inquérito (e-STJ, fls. 4-101) foi instaurado após *notitia criminis* da avó da vítima, após o nascimento de I S C, por suspeitar da proximidade entre a ofendida e seu padrasto e notar semelhança física entre ele e a filha de C A C.

Após a instrução processual, na qual se confirmaram a paternidade da criança (e-STJ, fls. 45-47) e a prática consentida da conjunção carnal, sobreveio sentença (e-STJ, fls. 198-203) que condenou o réu à pena de 15 anos, 3 meses e 22 dias de reclusão.

Somente a defesa interpôs apelação (e-STJ, fls. 227-234), provida pela Corte de origem no acórdão cuja ementa transcrevi acima.

Em suas razões recursais (e-STJ, fls. 285-293), o *Parquet* aponta violação do art. 217-A do CP, ao argumento central de que o consentimento da vítima menor de 14 anos não afastaria a tipicidade do delito. Tampouco o posterior casamento entre vítima e réu permitiria a absolvição, diante da revogação do antigo inciso VII do art. 107 do CP pela Lei 11.106/2005 e da necessidade constitucional de proteção integral da adolescente.

Ao final, invoca a aplicação da Súmula 593/STJ e pede o provimento do recurso especial, para “restabelecer a sentença condenatória” (e-STJ, fl. 292).

Sem contrarrazões, apesar de intimada a defesa (e-STJ, fl. 299), o apelo nobre foi inadmitido na origem (e-STJ, fls. 300-302), com espeque na incidência da Súmula 7/STJ.

Contra esta decisão o MP/GO interpôs agravo (e-STJ, fls. 310-320), no qual argumenta que o acolhimento da tese recursal não demandaria o reexame dos fatos e provas da causa.

Remetidos os autos a esta Corte Superior, o MPF sugeriu o conhecimento do agravo e provimento do recurso especial, em parecer com a seguinte ementa:

Agravo em recurso especial. Estupro de vulnerável. Razões do agravante que infirmam os fundamentos da decisão agravada. Conhecimento do agravo. Recurso especial. Autoria e materialidade delitivas incontestes. Discernimento e maturidade da vítima. Fundamentação inidônea. Presunção da violência. Súmula n. 593/STJ. Provimento do recurso especial.

1. As razões do agravante ensejam o conhecimento do recurso, por demonstrada a desnecessidade de reexame de fatos e provas para o exame do inconformismo ministerial. Conhecimento do agravo.

2. No mérito, não pairando qualquer dúvida quanto à autoria e materialidade delitiva, as quais foram reconhecidas pelas instâncias ordinárias, e sendo inadmissível o consentimento para afastar a tipicidade, vez que se trata de pessoa com discernimento reduzido, consoante já assentado na jurisprudência do STJ, o caso é de se reconhecer a negativa de vigência do art. 217-A do CP.

3. Parecer pelo conhecimento do agravo, para dar provimento ao recurso especial e restabelecer o édito condenatório proferido pelo Juízo de primeiro grau (e-STJ, fls. 336-343).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator):

1. Considerações preliminares

O agravo combate de maneira específica o fundamento utilizado pela Corte de origem (qual seja, a incidência da Súmula 7/STJ) para obstar a tramitação do apelo nobre, de maneira que deve ser conhecido.

Ainda sobre o agravo, penso que o referido enunciado sumular realmente é inaplicável ao caso dos autos, como defende o agravante. O *Parquet* não nega, em seu recurso especial, que as relações sexuais foram consentidas, ou que réu e vítima se casaram (o que, certamente, esbarraria no óbice da Súmula 7/STJ). A tese recursal é a de que nenhum destes fatos, cuja existência é incontroversa, poderia afastar a tipicidade do crime do art. 217-A do CP, matéria estritamente jurídica e que pode ser decidida diante do quadro acima relatado.

Atendidos os demais requisitos de admissibilidade, também merece conhecimento o recurso especial, ora julgado conjuntamente, conforme a permissão do art. 1.042, § 5º, do CPC/2015.

2. Irrelevância do consentimento da vítima do crime tipificado no art. 217-A do CP

Em sucinta recapitulação, o presente caso versa sobre a possibilidade de condenação, pelo crime do art. 217-A do CP, de um rapaz que, à época com

19 anos, manteve relações sexuais consentidas e no âmbito de uma relação de namoro com a vítima, então com 13 anos de idade.

O início precoce da vida sexual da jovem, quando estimulado ou manipulado por uma pessoa adulta, ainda é um fenômeno comum, apesar de legalmente proibido. A complexidade das causas deste problema, desde a falta de educação sexual adequada à vulnerabilidade socioeconômica, em muito supera a capacidade do direito penal de solucioná-lo. De todo modo, ainda que sua intervenção não seja uma panaceia, a legislação penal tutela a integridade sexual dos menores de 14 anos, sancionando severamente as ofensas a este bem jurídico inegavelmente precioso.

Mesmo antes da reforma da Lei 12.015/2009, quando ainda vigia o art. 224, “a”, do CP, o entendimento majoritário nas Cortes Superiores caminhava rumo à impossibilidade de flexibilização da presunção de violência na conjunção carnal praticada com menor de 14 anos. Cito, como exemplo neste STJ, o HC 65.267/SP, Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, Quinta Turma, julgado em 3/6/2008, DJe 1/9/2008; e, no STF, o HC 94.818/MG, Rel. Ministra *Ellen Gracie*, Segunda Turma, julgado em 24/6/2008, DJe 14/8/2008.

Não obstante, mesmo com a criação do art. 217-A do CP (que suprimiu a menção textual à presunção), o tema continuou a despertar debates doutrinários e jurisprudenciais, mormente nas instâncias ordinárias. Já sob a vigência da atual redação legal, e visando à uniformização do tema, a Terceira Seção desta Corte Superior apreciou a matéria sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, reafirmando a orientação que já se encaminhava para a pacificação, nos seguintes termos:

Recurso especial. Processamento sob o rito do art. 543-C do CPC. Recurso representativo da controvérsia. Estupro de vulnerável. Vítima menor de 14 anos. Fato posterior à vigência da Lei 12.015/09. Consentimento da vítima. Irrelevância. Adequação social. Rejeição. Proteção legal e constitucional da criança e do adolescente. Recurso especial provido.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei n. 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, “a”, do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (REsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).

2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança

com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos.

3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitativa, para, somente a partir daí, julgar-se o réu.

4. A vítima foi etiquetada pelo “seu grau de discernimento”, como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que “nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade”. Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo “discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento”, não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro – “beijos e abraços” – com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos.

5. O exame da história das ideias penais - e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro - demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais.

6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal.

7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psicologicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar.

8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais

existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população.

9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.

(REsp 1.480.881/PI, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015).

O paradigmático aresto pôs fim à tentativa de etiquetamento da vítima do delito de estupro de vulnerável, não raro submetida a verdadeira devassa em sua vida íntima para que, com a comprovação de sua prévia experiência sexual, fosse relativizada a proteção legal a ela conferida. A conclusão então alcançada pelo douto Ministro *Rogerio Schietti Cruz* (e seguida à unanimidade pelos integrantes do colegiado), além de interpretar de forma irretocável o plexo normativo sobre o tema, tem um conteúdo nitidamente civilizatório, ao proteger parcela da população que tanto necessita da atenção estatal.

Refletindo a tese firmada naquele julgado, a Terceira Seção elaborou a conhecida Súmula 593/STJ, que enuncia:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Permaneço convencido de que esta conclusão é adequada, tanto pela interpretação literal do art. 217-A do CP como pela sua leitura conjunta com o texto constitucional - e, a bem da verdade, também pelo diálogo com outras áreas do conhecimento científico, que não deixam dúvidas sobre a severidade da conduta tipificada no referido dispositivo.

O presente caso, todavia, guarda elementos que exigem do aparato estatal uma resposta diferenciada, por não se amoldar com perfeição ao entendimento jurisprudencial acima referenciado - e do qual não discordo. Afinal, nem

toda discussão sobre o crime de estupro de vulnerável trata, exatamente, dos mesmos aspectos contemplados na Súmula 593/STJ; seguindo o alerta de DOSTOIÉVSKI, a realidade por vezes “desafia as mais engenhosas deduções e definições do pensamento abstrato - mais ainda: ela abomina as classificações claras e precisas que tanto nos agradam” (*House of the dead*. Nova York: E. P. Dutton, 1911, p. 306, tradução direta).

Pois bem. O drama exposto nestes autos, confirmando o aviso do romancista russo, não pode ser solucionado pela abstração da tese cristalizada na Súmula 593/STJ, como pretende o *Parquet*.

Conforme relatei, a relação entre o réu e a vítima iniciou-se quando aquele tinha 19 e esta 13 anos de idade. De seu namoro às escondidas nasceu uma filha, atualmente com 7 anos de idade (e-STJ, fls. 53-55). Em seguida, após a moça atingir a idade permitida pela legislação penal e civil, *réu e vítima se casaram e geraram um segundo filho*. Quando do julgamento da apelação defensiva, em 5/2/2019, a ofendida tinha 20 anos idade e já havia nascido a segunda criança do casal. É o que se colhe do acórdão recorrido:

Além disso, registro que I L D e C A C L casaram-se e têm dois filhos: constituíram família. É sabido que a família, base da sociedade, conta com especial proteção do Estado (art. 226, CF). A propósito, confira lição doutrinária:

[...]

Nesse contexto, tenho que na espécie, eventual condenação violaria o preceito constitucional mencionado. E mais, ofenderia também a proteção conferida à adolescente (art. 227, CF), em desrespeito à sua dignidade, liberdade e convivência familiar. Portanto, a solução absolutória se impõe, excepcionalmente afastado o enunciado da Súmula 593/STJ diante da particularidade do caso (e-STJ, fls. 275-277).

Como a defesa não mais se manifestou nos autos após a prolação do acórdão, deixando de apresentar contrarrazões ao recurso especial (e-STJ, fls. 298) ou ao agravo (e-STJ, fls. 325), apesar de regularmente intimada para tanto, não há informações mais atualizadas sobre a situação conjugal ou sobre os filhos do casal. Contudo, existe uma situação fática que não pode ser ignorada pelo Poder Judiciário: a vítima optou por dar continuidade a sua relação com o recorrido, mantendo sua escolha mesmo após atingir a idade adulta. Na verdade, sua opção não foi apenas mantida, mas sim *reforçada*, porque se casou com I L D e com ele gerou uma nova vida - desta vez quando já havia superado a idade de consentimento do art. 217-A do CP.

Não sabemos os motivos pessoais desta escolha feita pela vítima, mas o fato é que se trata de uma opção tomada por uma pessoa adulta e capaz - parafraseando JOHN MILTON, enquanto “autora, em si mesma, de tudo quanto julga e daquilo que escolhe” (*Paradise Lost*. Seattle: Amazon Classics, 2017, p. 58). Não é objeto deste processo o julgamento moral quanto aos méritos de sua opção. O que se discute, nestes autos, é a possibilidade de intervenção do direito penal para, rompendo uma família voluntariamente constituída pela vítima, e sob a justificativa de protegê-la, privar da liberdade o seu ofensor - a quem a própria ofendida, quando já maior e capaz, decidiu chamar de marido.

Esta inequívoca manifestação de vontade da vítima não pode ser recebida com indiferença pelo sistema penal, sob pena de grave ofensa ao seu direito constitucional de desenvolver, livremente, a própria personalidade e resolver seus conflitos pessoais.

3. O papel da vítima no processo penal

Com a superação dos sistemas de vingança privada e o avanço na conquista do sistema penal pela civilização, o Estado ocupou espaços que tradicionalmente pertenciam à vítima de uma ofensa. A própria separação entre a sanção criminal e a reparação civil *ex delicto*, na verdade, concorreu para diminuir o protagonismo do ofendido na definição do *se* e *como* determinada pena seria imposta. Com efeito,

Isto foi correlato à ascensão de instituições monárquicas para a punição de infratores. A Coroa passou a exercer sua prerrogativa sobre o processo punitivo na extensão que sua capacidade institucional permitia. No final do século XVIII, o advento do positivismo científico removeu quase todas as referências à vítima ao conceituar o comportamento criminal nos termos de uma falta de integridade biológica do ofensor. A consolidação da lei penal e da justiça sob o Estado foi uma consequência, então, da transferência inicial dos poderes da vítima para a Coroa (KIRCHENGAST, Tyrone. *The victim in criminal law and justice*. Nova York: Palgrave MacMillan, 2006, p. 220, tradução direta).

O criminólogo norueguês NILS CHRISTIE (um dos primeiros proponentes, na segunda metade do século XX, do atual conceito de *justiça restaurativa*) detecta, com precisão, que:

A vítima suporta uma perda particularmente pesada nesta situação. Ela não apenas sofreu, perdeu materialmente ou se feriu, física ou mentalmente. E o Estado não apenas toma a compensação. Mas acima de tudo, a vítima perdeu

a participação em seu próprio caso. É a Coroa quem fica sob os holofotes. É a Coroa quem descreve as perdas, não a vítima. [...] Algo que lhe pertencia foi retirado dessa vítima (CHRISTIE, Nils. *Conflict as property*. The British Journal of Criminology, v. 17, n. 1, 1977, p. 7-8, tradução direta).

Na prática forense, com frequência, “a vítima serve apenas como um meio - especificamente, um meio de prova para ser usado pelo Estado a fim de obter uma condenação” (MCDONALD, William. *Towards a bicentennial revolution in criminal justice: the return of the victim*. American Criminal Law Review, v. 13, n. 4, 1976, p. 650, tradução direta). É pouco comum que se perguntem seus anseios, seus desejos, sua opinião sobre como a lesão pessoal e social causada pelo crime poderia ser resolvida. Embora sejam inegáveis os benefícios da concentração da justiça penal em entidades estatais, é real o risco de que o ofendido, que efetivamente suportou as consequências diretas do crime, acabe por restar alijado do processo.

Quando os desígnios do Ministério Público e os da vítima estão alinhados, este problema prático é certamente menos intenso, mas há situações em que a pretensão do órgão acusador pode não corresponder exatamente aos anseios do ofendido - ou, como no presente caso, parecer contrariá-los frontalmente.

Esta perplexidade, amplamente discutida no exterior, também não escapou ao debate doutrinário brasileiro. Especificamente sobre os crimes sexuais, apresento as pertinentes considerações de BÁRBARA SOUZA, publicadas recentemente na Revista do IBCCRIM:

O centro da crítica à reação repressiva estatal é que o Estado não considera o que a vítima deseja ou o que pensa da punição, aplicando mecanicamente a consequência penal prevista pela lei. Não abre espaço à vítima para saber qual seria, em sua opinião, a resposta mais adequada ao mal que lhe foi causado, passando, portanto, por cima dos interesses daquele que mais sofre com a ação ilícita, que podem não ser os mesmos que os do Estado (*O uso da mediação nos delitos sexuais: o resgate da dignidade da vítima*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 125, 2019 p. 25).

O debate é atual e relevante, não tendo encontrado ainda uma resposta juspositiva clara no já antigo CPP. Certo é que, em todo delito, mas especialmente naqueles contra a dignidade sexual, a desconsideração da vontade da vítima abre espaço para um processo de *vitimização secundária* - assim entendida, nas palavras do professor espanhol ANTONIO BERISTAIN, como o sofrimento imposto ao ofendido pelas “instituições mais ou menos diretamente encarregadas de ‘fazer justiça’: policiais, juízes, peritos, criminólogos,

funcionários de instituições penitenciárias, etc.” (*Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Brasília: Editora da UnB, 2000, p. 105).

Semelhante definição é apresentada por CEZAR ROBERTO BITENCOURT, para quem

No âmbito procedimental-investigatório constata-se outro tipo de vitimização, em que a violência é causada pelo próprio sistema de justiça penal que viola outros direitos, vitimizando novamente a criança ou o adolescente. Essa revitimização denomina-se vitimização secundária, que outra coisa não é senão a violência institucional do sistema processual penal, fazendo das vítimas infantojuvenis novas vítimas, agora do estigma procedimental-investigatório; a violência do sistema pode dificultar (senão até inviabilizar) o processo de superação do trauma, provocando ainda uma imensa sensação de frustração, impotência e desamparo com o sistema de controle social, aumentando o descrédito e a desconfiança nas instituições de justiça criminal (*Tratado de direito penal* (v. 4). 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 113).

Faço essa breve digressão doutrinária para demonstrar que o processo penal não pode ignorar a vontade da vítima, substituindo-a integralmente pelo interesse acusatório na condenação e execução de uma sanção. Certamente é possível pensar em casos, como nos crimes contra a Administração Pública, nos quais a vontade do sujeito passivo imediato (o ente público lesado) não obsta a pretensão punitiva, haja vista a predominância do interesse social existente. Aqui, porém, está em julgamento a vida de quatro pessoas que, mesmo chegando a este Tribunal disfarçadas de autos processuais, são as mais diretamente interessadas na resolução do conflito decorrente do crime.

É necessário lembrar que a aplicação do direito penal, com a imposição de uma pena privativa de liberdade de 8 a 15 anos de reclusão (ainda majorada em metade pelo art. 226, II, do CP), traria consequências verdadeiramente devastadoras para a vítima e seus dois filhos, que se veriam privados, por longo período, da convivência diária com seu marido e pai - para além das considerações financeiras imediatas. O atendimento de um abstrato interesse público na condenação e segregação prisional do recorrido, *contra a vontade da vítima*, não lhe trará qualquer alívio, e nada fará para preencher o vácuo financeiro e emocional deixado pelo réu na sua vida conjugal e na educação de seus filhos.

O crime cometido pelo recorrido é, sem dúvida, de natureza grave, e o consentimento da vítima não exclui a tipicidade ou ilicitude de sua conduta, nos

termos da Súmula 593/STJ. Também não se questiona a presença dos elementos integrantes da culpabilidade. A tormentosa pergunta a ser respondida neste caso é: mesmo diante do cometimento do crime, há possibilidade de imposição da pena?

Ponderando detalhadamente os aspectos da causa, penso que a resposta é negativa. Não há dúvidas de que a dignidade sexual de crianças e adolescentes, bem jurídico tutelado pelo art. 217-A do CP, interessa a toda a coletividade (tanto que a respectiva ação penal é pública incondicionada, na forma do art. 225 do CP), mas *a proteção deste bem preocupa muito mais a própria vítima*, em especial quando esta atingiu a idade adulta no curso do processo. O encarceramento do recorrido equivaleria, na prática, a uma vitimização secundária da ofendida, que além de ter sofrido um abuso sexual - e isso não questiono - veria, já adulta, desrespeitada pelo Estado a sua escolha de casar-se, constituir família e gerar mais um filho com o réu.

Mesmo com a nobre intenção de protegê-la, respondendo de algum modo ao dano por ela sofrido enquanto adolescente, a imposição de uma pena simplesmente romperia a unidade familiar da ofendida, deixando-a em uma situação talvez ainda mais vulnerável do que em sua adolescência. Destaco que a reprimenda aplicada ao réu na sentença foi de *15 anos, 3 meses e 22 dias de reclusão* (e-STJ, fl. 201). Durante todo este período, a vítima, hoje com 21 anos de idade, teria de enfrentar sozinha o enorme desafio de educar e sustentar dois filhos pequenos, sem a presença do pai, que trabalha como pedreiro (e-STJ fl. 81). A tarefa já seria hercúlea para qualquer pessoa, mas há ainda um fator agravante: a ofendida engravidou aos 12 anos de idade e, apesar de não haver nos autos um estudo detalhado sobre as consequências deste fato sobre sua educação, a experiência nos permite afirmar a elevada probabilidade de que seu desenvolvimento acadêmico-profissional tenha sido dificultado desde então.

Destaco que foi louvável a atuação do MP/GO neste caso, pois participou ativamente das investigações e procurou, antes de tudo, resolver os problemas práticos decorrentes da relação sexual - como a realização de exame de DNA, o reconhecimento da paternidade, o pagamento de pensão alimentícia e o registro civil da criança pelo recorrido (e-STJ, fls. 45-56). Tais providências demonstram a preocupação do *Parquet* em atender, antes mesmo do oferecimento da denúncia, as necessidades concretas que emanavam do caso, postura que merece nosso reconhecimento profissional.

Ao votar pela inaplicabilidade da pena no presente caso, longe de questionar o excelente trabalho desenvolvido pelo MP/GO, estou movido por

similar preocupação prática: a de não piorar a vida da ofendida, submetendo-a a um novo processo de vitimização. Acredito que seria contraditório ignorar a vontade livremente manifestada pela ofendida, ao constituir uma família com o recorrido, e impor-lhe a difícil condição de mãe de dois filhos, jovem e solteira, com a finalidade de defender seu direito à dignidade sexual. Há, aqui, uma evidente e profunda inadequação entre o objetivo (lícito e correto, ressaltado) da persecução penal, que é a tutela do bem jurídico, e o resultado prático que dela adviria.

Por todos estes fatores, creio que a manutenção do acórdão recorrido é a medida que menos danos concretos trará à vítima, aos seus filhos (todos merecedores de especial proteção, a propósito, consoante os arts. 226 e 227 da CF) e à própria sociedade.

4. Isenção de pena na teoria geral do delito

Reconheço que a proposta aqui encaminhada ao colegiado é de difícil enquadramento na teoria geral do delito. Mantenho a convicção de que a Súmula 593/STJ reflete um entendimento jurisprudencial acertado, e por isso o consentimento da vítima não exclui a tipicidade, ilicitude ou culpabilidade da infração cometida pelo recorrido. O afastamento da pena está, por conseguinte, na esfera de sua punibilidade, porque apesar de punível *em tese* a ofensa ao art. 217-A do CP, não há sentido prático, como argumentei acima, na aplicação de uma pena no caso *concreto*.

A hipótese se situa, destarte, no campo do que EUGENIO RAÚL ZAFFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI denominam de *operatividade da coerção penal*:

Vimos que apesar de todo o delito ser merecedor de pena, ocasionalmente esta não é aplicada, porque há algum impedimento à sua imposição, isto é, algum impedimento à operatividade da coerção penal.

Isto significa que a coerção penal pelo delito atua somente sob certas condições, que, genericamente, chamamos de “condições de operatividade da coerção penal”. O lugar adequado para o seu tratamento não pode ser outro que não o da própria teoria da coerção penal. Preferimos o nome de “condições da operatividade da coerção penal” e não a que uma parte da doutrina deu à maioria dos casos negativos, ou ausência destas condições, chamados de “excusas absolutórias”, que não têm um sentido dogmático definido.

(*Manual de direito penal brasileiro - parte geral*. 13. ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2019, p. 661).

Com raciocínio similar, LUIZ RÉGIS PRADO se refere às escusas absolutórias, ainda que utilize terminologia diversa:

É possível dizer que as escusas absolutórias também são condições de punibilidade do delito. Todavia, são condições de punibilidade negativamente formuladas, excluindo a punibilidade do crime no tocante a determinadas pessoas. Embora presentes os elementos constitutivos do delito (tipicidade, antijuricidade e culpabilidade) isenta-se o réu de pena por razões de política criminal (utilidade e conveniência) - ou seja, são causas de impunidade *utilitatis causa* (PRADO, Luiz Régis. *Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa*. Revista dos Tribunais, v. 776, 2000, p. 446).

No caso dos autos, em minha visão, está-se diante de uma escusa dessa espécie, ainda que de natureza supralegal - já que, mesmo não elencada expressamente na legislação penal, uma leitura constitucional e finalística do art. 217-A do CP mostra que a imposição da pena nele cominada violaria ainda mais a legítima, e já fragilizada, posição jurídica da vítima.

Trata-se, é claro, de situação excepcionalíssima, que não busca ripristinar a odiosa causa extintiva de punibilidade do revogado inciso VII do art. 107 do CP, nem superar a Súmula 593/STJ. O que fundamenta a solução proposta para a causa é, ao revés, a constatação de que a aplicação da pena, neste específico e peculiar caso, está na contramão da própria finalidade maior da lei penal.

5. *Dispositivo*

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

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS N. 613.555-RJ (2020/0240776-9)

Relator: Ministro Felix Fischer
Agravante: Paulo Cesar Melo de Sa (Preso)
Advogados: Patrícia Proetti Esteves e outro - RJ083387
Tayna Duarte Pereira - RJ201762

Agravado: Ministério Público Federal
Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região

EMENTA

Processo Penal. Agravo regimental da decisão que denegou o *habeas corpus*. Pedido de sustentação oral. Impossibilidade. Ausência de previsão regimental. Prisão preventiva. Fundamentos. Garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal. Gravidade concreta dos crimes. *Modus operandi* complexo e sofisticado. Capacidade de influência política que permanece. Risco de reiteração delitiva. Prisão domiciliar humanitária. Pandemia de Covid-19. Ausência dos pressupostos. Agravo regimental desprovido.

I - A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que “o Regimento Interno desta Corte prevê, expressamente, em seu art. 258, que trata do Agravo Regimental em Matéria Penal, que o feito será apresentado em mesa, dispensando, assim, prévia inclusão em pauta. A disposição está em harmonia com a previsão de que o agravo não prevê a possibilidade de sustentação oral (art. 159, IV, do Regimento Interno do STJ)” (EDcl no AgRg nos EREsp n. 1.533.480/RR, Terceira Seção, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 31/5/2017, grifou-se).

II - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

*III - Conforme o art. 312 do Código de Processo Penal, a decretação da prisão preventiva, inicialmente, condiciona-se à demonstração da prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*).*

IV - A 1ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nos autos da Ação Penal Originária n. 0100523-32.2017.4.02.0000, condenou o agravante à pena de 12 (doze) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pelo cometimento dos crimes de pertencimento a organização criminosa e corrupção passiva.

V - Ainda não ocorreu o trânsito em julgado do acórdão condenatório. Contudo, abrindo-se à defesa técnica para a impugnação do julgado apenas as vias do recurso especial ou do recurso extraordinário, espécies recursais que não admitem o revolvimento de fatos e provas, e, ademais, não se vislumbrando teratologia na fundamentação do acórdão condenatório, conclui-se que a discussão a respeito da demonstração da prova de materialidade e dos indícios de autoria já está superada.

VI - Ainda com base no art. 312 do CPP, a decisão que decreta a prisão preventiva deve demonstrar o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (*periculum libertatis*), quando a prisão *ante tempus* revela-se concretamente necessária para assegurar a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a efetividade da lei penal. Na presente hipótese, a segregação cautelar está fundada na garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal

VII - Consoante se apurou no curso das investigações da Operação Cadeia Velha e durante a instrução criminal, o agravante, integrando organização criminosa associada ao ex-Governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral, ter-se-ia valido de seu mandato para beneficiar-se ilicitamente com valores oriundos de crimes de corrupção, uma vez que, em contrapartida à sua atuação parlamentar favorável a projetos de interesses de diversos agentes corruptores, teria não só recebido vultosas quantias ilícitas desses agentes privados, como, também, teria sido beneficiado com um “loteamento” de cargos e funções da estrutura administrativa direta e indireta do Rio de Janeiro.

VIII - Considerados o seu histórico parlamentar e a sua ampla rede de contatos, tem-se que a capacidade de influência política e econômica do recorrente no cenário político fluminense ainda não exauriu de todo, a despeito de seu afastamento do mandato e do considerável tempo de prisão preventiva.

IX - Os crimes de corrupção passiva e pertencimento a organização criminosa atribuídos ao recorrente revestem-se de singular gravidade, não apenas abstrata, mas efetivamente concreta, dados o *modus operandi* que caracterizou as atividades criminosas; a amplitude da organização criminosa instalada no Poder Legislativo do Rio de Janeiro; e os elevados valores envolvidos nas operações ilícitas.

X - Nos limites objetivos da cognição sumária, os autos demonstram suficientemente a gravidade concreta - e não meramente abstrata - dos crimes de corrupção passiva e pertencimento a organização criminosa pelos quais o agravante foi condenado, tendo em vista não só a sofisticação, a complexidade e a amplitude das operações ilícitas deflagradas por numerosos agentes, mas também os elevados valores envolvidos e os significativos prejuízos que resultaram das condutas criminosas.

XI - A instância precedente indicou que não existem elementos que evidenciem que o estabelecimento penitenciário em que o recorrente está recolhido não tenha condições ou estrutura adequada para lidar com a pandemia de Covid-19, o que impede a concessão de prisão domiciliar humanitária.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de março de 2021 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 17.3.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão proferida por esta Relatoria, a qual denegou *habeas corpus* impetrado em favor de **Paulo Cesar Melo de Sá**, em que se requeria a revogação da prisão preventiva, com fundamento na ausência dos fundamentos da medida, e, subsidiariamente, a concessão de prisão domiciliar humanitária.

No presente recurso, a Defesa sustenta que a decisão da e. Corte de origem que manteve a prisão preventiva do recorrente não teria demonstrado a existência

de risco à ordem pública e à aplicação da lei penal ou a contemporaneidade dos fatos que fundamentaram a imposição da medida cautelar.

Pondera que a manutenção da segregação cautelar após a prolação do acórdão condenatório pela e. Corte Federal consubstanciaria antecipação do cumprimento de pena, em violação ao entendimento fixado pelo c. Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54.

Afirma que o término do mandato e a consolidação de partido de oposição no Poder Executivo e no Poder Legislativo do Estado do Rio de Janeiro afasta o risco de reiteração delitiva, visto que todos os crimes imputados ao recorrente haveriam sido praticados no desempenho do mandato de parlamentar estadual.

Salienta que todos os bens e direitos do recorrente estariam submetidos a medidas de constrição judicial, de modo que não poderiam ser empregados para a reiteração delitiva ou para evasão do território nacional.

Registra que a circunstância de o recorrente ter comparecido espontaneamente perante a autoridade policial, após ser solto em virtude de alvará de soltura expedido por equívoco judiciário, evidencia que ele não tencionaria furtar-se à jurisdição penal brasileira. Do mesmo modo, menciona o curto período em que o agravante esteve em prisão domiciliar antes da deflagração da Operação Favorito sem cometimento de novos crimes ou de atos que apontassem o intento de evadir-se.

Requer, ao final, a colocação em mesa do agravo para que, uma vez provido, seja concedida ordem de *habeas corpus* a fim de revogar a prisão preventiva imposta ao recorrente.

O Ministério Público Federal, às fls. 484-489, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

Por manter a decisão ora agravada, trago o feito ao Colegiado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): O presente Agravo Regimental não merece provimento.

Sustenta o Agravante a necessidade de reforma do *decisum* guerreado, sob o argumento, em resumo, de ausência de fundamentos para a manutenção da prisão preventiva.

Pois bem. O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

Nesse compasso, não obstante o teor das razões suscitadas no presente recurso, não vislumbro elementos hábeis a alterar a decisão de fls. 443-456. Ao contrário, os argumentos externados por esta Relatoria merecem ser ratificados pelo Colegiado, senão vejamos.

Inicialmente, com relação ao pedido de *sustentação oral*, consigno que a *Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça* sedimentou o entendimento de que “*o Regimento Interno desta Corte prevê, expressamente, em seu art. 258, que trata do Agravo Regimental em Matéria Penal, que o feito será apresentado em mesa, dispensando, assim, prévia inclusão em pauta. A disposição está em harmonia com a previsão de que o agravo não prevê a possibilidade de sustentação oral (art. 159, IV, do Regimento Interno do STJ)*” (EDcl no AgRg nos EREsp n. 1.533.480/RR, Terceira Seção, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 31/5/2017, grifou-se).

Nesse sentido:

Processo Penal. Agravo regimental da decisão que não conheceu do *habeas corpus*. Sustentação oral. Impossibilidade. Ausência de previsão regimental. Incompetência. Prevenção. Não verificada. Princípio da colegialidade. Direito de defesa. Violação. Inexistente. Decisão monocrática. Agravo regimental. Julgamento pendente. Súmula 691/STF. Supressão de instância. Ilegalidade flagrante. Inexistência. Agravo regimental desprovido.

I - A Terceira Seção desta Corte sedimentou o entendimento de que “o Regimento Interno desta Corte prevê, expressamente, em seu art. 258, que trata do Agravo Regimental em Matéria Penal, que o feito será apresentado em mesa, dispensando, assim, prévia inclusão em pauta. A disposição está em harmonia com a previsão de que o agravo não prevê a possibilidade de sustentação oral (art. 159, IV, do Regimento Interno do STJ)” (EDcl no AgRg nos EREsp n. 1.533.480/RR, Terceira Seção, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 31/5/2017).

II - O julgamento monocrático do *writ* não representa ofensa ao princípio da colegialidade, quando a hipótese se coaduna com o previsto no art. 34, XX, do RISTJ, notadamente porque qualquer decisão monocrática está sujeita à apreciação do órgão colegiado, em virtude de possibilidade de interposição do agravo regimental, como na espécie.

III - A operação “Furna da Onça” é desdobramento da operação “Cadeia Velha”, que, de sua vez, decorre da operação “Lava Jato”, podendo se extrair do procedimento em tela que a persecução penal aqui em análise não guarda similitude fática com os feitos afetos à Operação “Calicute” e “Eficiência”, a ponto de justificar a prevenção da e. Sexta Turma.

IV - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

V - A decisão monocrática proferida pelo Desembargador Federal Abel Gomes, relator da Ação Penal n. 0100368- 58.2019.4.02.0000/RJ na 1ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ao apreciar os embargos de declaração opostos em face do acórdão que julgou questão de ordem e determinou a remessa dos autos ao Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro/RJ, efetivamente examinou o mérito das teses de: (a) ilegalidade da remessa dos autos ao Juízo de 1º Grau independentemente do julgamento de eventuais recursos; e (b) de nulidade do julgamento da questão de ordem por ausência de prévia intimação da defesa.

VI - Conquanto os embargos tenham sido opostos em face de acórdão, válido o seu julgamento por decisão unipessoal quando as hipóteses taxativamente fixadas no art. 619, *caput*, do Código de Processo Penal não forem cumpridas pelo recorrente, tendo em vista as disposições do art. 620, § 2º, do mesmo Código, e, mais particularmente, do art. 44, § 1º, II, do RITRF-2.

VII - Contra a decisão que julga monocraticamente os embargos cabe o agravo regimental (ou o agravo interno), como prevê o § 2º do mesmo art. 44 do RITRF2. Desse modo, não tendo sido apreciado o agravo regimental interposto pelo recorrente na origem, inviável o exame das matérias nele aventadas por esta Corte Superior, sob pena de supressão de instância, por aplicação analógica da Súmula n. 691/STF.

VIII - Não se vislumbra teratologia ou constrangimento ilegal flagrante nas decisões proferidas pela autoridade coatora que justifique a superação do óbice sumular, haja vista que, de um lado, o art. 91, II, do RITRF2 efetivamente afirma não depender de pauta - e, portanto, de prévia intimação da defesa - o julgamento de questões de ordem; e, de outro, não existe recurso com efeito suspensivo oponível em face da decisão que julga questão de ordem, de modo que, em princípio, não se identifica ilegalidade no processamento do feito na primeira instância.

Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no HC 544.819/RJ, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 18/6/2020).

Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*. Pedido de sustentação oral. Indeferimento. Decisão de recebimento da denúncia. Natureza

interlocutória. Fundamentação complexa. Inexigibilidade. Agravo regimental desprovido.

1. “A Terceira Seção desta Corte sedimentou o entendimento de que “o Regimento Interno desta Corte prevê, expressamente, em seu art. 258, que trata do Agravo Regimental em Matéria Penal, que o feito será apresentado em mesa, dispensando, assim, prévia inclusão em pauta. A disposição está em harmonia com a previsão de que o agravo não prevê a possibilidade de sustentação oral (art. 159, IV, do Regimento Interno do STJ)” (EDcl no AgRg nos EREsp n. 1.533.480/RR, *Terceira Seção*, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 31/5/2017).

2. Tanto a decisão que recebe a denúncia (CPP, art. 396) quanto aquela que rejeita o pedido de absolvição sumária (CPP, art. 397) não demandam motivação profunda ou exauriente, considerando a natureza interlocutória de tais manifestações judiciais, sob pena de indevida antecipação do juízo de mérito, que somente poderá ser realizado após o desfecho da instrução criminal, com a devida observância das regras processuais e das garantias da ampla defesa e do contraditório.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RHC 126.928/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 12/8/2020).

Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*. Tráfico de drogas. Sustentação oral. Impossibilidade. Julgamento monocrático. Efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo. Prisão preventiva. Vedação ao recurso em liberdade. Ausência de flagrante ilegalidade. Gravidade concreta do delito. Art. 312 do CPP. *Periculum libertatis*. Motivação suficiente. Agravo regimental não provido.

1. O julgamento do agravo regimental independe de indicação de pauta e não comporta sustentação oral, nos termos dos arts. 159, IV, e 258, *caput*, ambos do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

2. O julgamento monocrático do *habeas corpus* ocorreu, na verdade, como forma de dar efetividade ao princípio constitucional da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), porquanto, em razão da pandemia causada pelo Coronavírus, os prazos processuais, inicialmente, estavam suspensos, assim como as sessões de julgamento, não havendo, portanto, naquele momento, nenhuma previsão de que voltassem a ocorrer.

3. Para ser compatível com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade quanto a segurança e a paz públicas - e com a presunção de não culpabilidade, é necessário que a decretação e a manutenção da prisão cautelar se revistam de caráter excepcional e provisório. A par disso, a decisão judicial deve ser suficientemente motivada, mediante análise da concreta necessidade da cautela, nos termos dos artigos 282, incisos I e II c/c 312 do CPP.

4. O Juízo singular apontou a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal para a manutenção da prisão, em especial o risco

à ordem pública, haja vista a gravidade concreta do delito, em que o réu foi condenado por haver traficado grande quantidade de drogas cuja natureza é mais perniciososa aos usuários: 9 kg de crack, os quais estavam escondidos no quarto de seu filho.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no RHC 125.617/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 4/8/2020).

Para o exame da controvérsia, colacionem-se os fundamentos do acórdão impugnado, *in verbis* (fls. 126-131):

“Verifico que os agravantes reiteram argumentos já exaustivamente apreciados por este Relator e em alguns pontos envolvendo questões afetas à execução da pena que também já foram apreciados pelo c. STJ, nos autos do HC n. 553.674/RJ.

Com relação aos argumentos apresentados por Paulo César Melo de Sá, já foram enfrentados na decisão de fls. 3.136/3.138, da qual transcrevo trecho:

‘... a 1ª Seção Especializada, ao julgar a ação penal originária n. 0100523-32.2017.4.02.0000, denominada operação ‘Cadeia Velha’ (da qual a presente medida cautelar é instrumental), manteve a prisão preventiva dos requerentes reafirmando, por unanimidade, sua necessidade para garantia da ordem pública e aplicação da lei penal, como se lê de fls. 9.883/9.888 e acórdão de fls. 9.912/9.918 daqueles autos.

Ademais, o que me parece mais relevante é que ambas as defesas requereram que fosse dado início à execução provisória da pena, pedidos deferidos por este Relator, como se confere de fls. 10.058; 10.200; 10.060/10.061 e 10.202 da ação penal n. 0100523-32.2017.4.02.0000, então com base na Resolução n. 113/2010 do CNJ cuja aplicação, repito, foi expressamente requerida por ambas as defesas.

Nesse contexto, não houve nenhuma alteração fática a não ser o equívoco na expedição de alvarás de soltura nos autos do HC n. 0003838-89.2019.4.02.0000, julgado por maioria pela 1ª Turma Especializada deste TRF2, e do qual não participei por impedimento legal (art. 252, inciso III do CPP em razão das decisões proferidas ainda nos autos n. 0100860-84.2018.4.02.0000).

O referido HC, afeto à denominada operação? Furna da Onça?, não deveria abarcar sob nenhum aspecto matéria já definida no julgamento de mérito da denominada operação? Cadeia Velha?, da competência da 1ª Seção Especializada do TRF2, equívoco, aliás, reconhecido pelas defesas e prontamente corrigido pelo em. Relator daquele writ, em decisão proferida ainda dia 13/12/2019.? (grifei)

Na mesma ocasião ainda ressaltei que Paulo Melo foi beneficiado por decisão coletiva da VEP que dispensou detentos que realizavam trabalho extramuros de

retornar à prisão pelo prazo de 30 dias em razão da pandemia de Coronavírus (COVID-19), valendo consignar que essa situação de recolhimento domiciliar não guarda nenhuma relação com o contexto que respaldou sua prisão preventiva.

*Com relação ao agravo interno oposto pela defesa de **Edson Albertassi**, repisa tudo que já foi objeto de múltiplos pedidos de revogação de sua prisão preventiva, cabendo destacar trechos da decisão de fls. 3.258/3.265, proferida em 26/03/2020, na qual destaquei que não havia transcorrido 90 dias da última reapreciação de sua custódia cautelar, na forma do art. 316 do CPP, como de todo ainda não transcorreu até esta data, transcrevo:*

*“Através da citada petição a defesa de **Edson Albertassi** renova pedido de revogação de sua prisão preventiva, agora se amparando no art. 316 do CPP, com a nova redação trazida pela Lei n. 13.964/2019.*

(...) inicialmente é preciso destacar que ainda em 27/02/2020 apreciei anterior pedido da mesma defesa requerendo a revogação da prisão preventiva, o que foi realizado inclusive logo depois do julgamento de seus embargos declaratórios (último recurso pendente na ação penal principal – autos 0100523–32.2017.4.02.0000).

Portanto, não transcorreram 90 (noventa) dias desde a última oportunidade em que este Relator deliberou sobre o tema, na forma como prevê a nova redação do art. 316 do CPP.

Transcrevo aqui as razões de decidir que já lancei em 27/02/2020:

*“Observa-se que a petição protocolada na data de hoje (fls. 3.242/3.244) pela ilustrada defesa de **Edson Albertassi**, ao contrário do fundamentado oralmente, em questão de ordem, na tribuna da sala de sessão da 1ª Seção Especializada quando do julgamento de embargos declaratórios opostos na ação penal originária 0100523–32.2017.4.02.0000 no dia 20/02/2020 revela questões ligadas à execução provisória que deflagrada à pedido da defesa com base na Resolução n. 113/2010 do CNJ, tramita atualmente perante a VEP.*

Ora, as questões ventiladas na referida petição não são de competência deste TRF, pois desafiam decisão proferida pelo Exmo. Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais.

Ademais, as questões alegadas, acerca da progressão de regime e condições de estabelecimentos carcerários afetos à jurisdição estadual já estão a cargo do eg. STJ no HC n. 553.674/RJ, destinado a produzir ordem a ser observada também pela justiça estadual.

Já no que concerne a uma pretendida reavaliação da prisão preventiva, note-se que não se apresenta até o presente momento nenhuma modificação do estado de fato e de direito que a ensejou senão que, com a deflagração da execução requerida pela própria defesa, estando o réu preso, a mesma conduziu a benefícios que devem ser avaliados e reconhecidos pela própria VEP.

Ora, o requerente foi condenado pelo mercadejo da função de Deputado Estadual, permaneceu todo o processo preso e ao final restou condenado a uma pena de 13 anos e 04 meses de reclusão, cuja execução já foi deflagrada por pedido de sua própria defesa e restando já julgados seus últimos embargos declaratórios, tudo a apontar para o encerramento desta Corte na denominada operação? Cadeia Velha?

E somando-se a isso ainda é preciso lembrar que na residência do requerente foi apreendida planilha apontando verdadeira distribuição entre parlamentares de centenas de cargos nos mais diversos órgãos públicos do Estado do Rio de Janeiro, fato que lhe rendeu também uma nova denúncia, agora no âmbito da denominada operação? Furna da Onça?

Por fim, apenas reforço que o fato de os crimes não terem sido praticados com violência ou grave ameaça em nada afeta sua concreta gravidade, sobretudo no caso destes autos, onde o mercadejo da função pública eletiva de Deputado Estadual, dentro do parlamento atuando em benefício de empresas específicas, acarreta ofensa ao bem jurídico tutelado, qual seja a impessoalidade, legalidade e probidade no desempenho da função pública, que se resumem na seguinte máxima: deve o servidor público exercer sua função de acordo com a finalidade constitucional para a qual foi concebida: o interesse público; e não no interesse particular de quem quer seja?. (grifo nosso)

*E mais, apreciando o último pedido da defesa de **Edson Albertassi** (fls. 3307.3311 e decisão de fls. 3.325/3.328), salientei que o requerente já progrediu ao regime semiaberto e também já obteve decisão da VEP concedendo-lhe prisão domiciliar, tudo isso nos autos da execução penal n. 0156693-43.2019.8.19.0001, formada a pedido de sua defesa e que tramita regularmente.*

*E foi exatamente por isso que o HC n. 553.674/RJ, impetrado perante o c. STJ para tratar de questões afetas à execução penal de **Edson Albertassi** – restou julgado prejudicado, o que só reforça a inexistência de qualquer alteração que induza necessidade desta Corte deliberar novamente. Transcrevo trecho de minha última decisão:*

Outrossim, urge destacar, como feito pelo MPF, que o requerente, além de ter progredido do regime fechado ao semiaberto, por meio de decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais, também lhe foi concedida a prisão domiciliar, conforme consta da decisão proferida nos autos do HC n. 553.674/RJ, do c. STJ, de Relatoria do Exmo. Min. Felix Fischer, acostada às fls. 3.318/3.321, in verbis:

? (...) O Juízo da Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro/RJ prestou informações às fls. 1.092-1.101. Menciona que, em decisão proferida em 19/3/2020 (fls. 1.098-1.100), apreciando pedido formulado pelo Ministério Público estadual e pela Secretaria Estadual de Administração Penitenciária (SEAP), concedeu, em caráter excepcional, a prisão domiciliar a todos os presos daquela unidade federada beneficiados com saída temporária (visita periódica ao lar - VPL), tendo em vista a pandemia da COVID-19.

Consigna, nesse passo, que, em decisão de 30/3/2020, deferiu o pedido de autorização de saída temporária (VPL) ao paciente, o qual, portanto, por força da decisão coletiva acima referida, também será posto em prisão domiciliar. Por conseguinte, havendo, por um lado, decisão que agregou novos fundamentos para a manutenção da prisão preventiva à luz das Recomendação n. 62/CNJ e, por outro, tendo o Juízo da Execução Penal concedido a prisão domiciliar excepcional ao paciente, concluo que o habeas corpus está prejudicado, por perda superveniente do objeto. 2. Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, julgo prejudicado o habeas corpus.?’ (grifo nosso)

*Até mesmo alegações afetas à crise sanitária decorrente da pandemia mundial de COVID-19 foram expressamente tratadas por este Relator na decisão de fls. 3.258/3.265. **E embora o recolhimento domiciliar que atualmente vigora prejudique qualquer discussão nesse sentido, é necessário salientar que o risco de contaminação existe em qualquer lugar e não havia comprovação de que o local onde se encontravam custodiados PAULO MELO e EDSON ALBERTASSI estivesse objetivamente condenado à interdição por parte das autoridades de saúde pública, nem provas de que as autoridades encarregadas da administração penitenciárias não estivessem adotando medidas capazes de criar mecanismos de prevenção naqueles estabelecimentos, e nem se isso seria objetivamente necessário.***

*De toda forma, com a deflagração da denominada operação **‘Favorito’**, que dentre outros alvos envolveu também a pessoa de PAULO MELO (tramitando também perante a 7ª Vara Federal Criminal/SJRJ e tratando de supostas fraudes no sistema de saúde pública do Rio de Janeiro), este Relator tomou conhecimento de consultas realizadas pelo MPF acerca das condições de infraestrutura do Presídio*

PEDROLINO WERLING DE OLIVEIRA, onde estavam custodiados PAULO MELO e EDSON ALBERTASSI, antes de lograrem o recolhimento domiciliar.

No âmbito dos habeas corpus impetrados naquela investigação de origem (dentre eles o HC n. 5005745-77.2020.4.02.0000, cujo paciente era exatamente Paulo Melo), foi apresentado o ofício SEAP/SEAPCG SEI n. 104, no qual a Secretaria de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro informou os encaminhados para recolhimento junto ao Presídio Pedrolino Werling de Oliveira são colocados em regime de quarentena para evitar risco de contágio.

Foi igualmente encaminhado a este Relator, naqueles habeas corpus, o ofício SEAP/SEAPCG SEI n. 129, informando o quantitativo de internos recolhidos naquela unidade prisional, no total de 70 (setenta) e com capacidade de comportar 152 (cento e cinquenta e duas) detentos, demonstrando que nenhuma cela ou galeria, ao menos até aquele momento, encontrava-se com lotação acima das vagas.

Portanto, nem mesmo enquanto recolhidos àquela unidade prisional (situação que não mais persiste) o risco de contágio era algo que se pudesse concretamente verificar, quanto mais para que esta Corte avançasse na competência da VEP para apreciar questões especificamente afetas às unidades prisionais do Estado do Rio de Janeiro, na forma da súmula 192 do c. STJ.

Ante o exposto, nego provimento aos agravos internos.” (fls. 126-131, grifou-se).

Pois bem. Inicialmente, conforme o art. 312 do Código de Processo Penal, a decretação da prisão preventiva condiciona-se à demonstração da prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*).

Percorrendo os autos, verifica-se que a 1ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nos autos da Ação Penal Originária n. 0100523-32.2017.4.02.0000/RJ, condenou o agravante à pena de 12 (doze) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pelo cometimento dos crimes de pertencimento a organização criminosa e corrupção passiva.

Ainda não ocorreu o trânsito em julgado do acórdão condenatório. Contudo, abrindo-se à defesa técnica para a impugnação do julgado apenas as vias do recurso especial ou do recurso extraordinário, espécies recursais que não admitem o revolvimento de fatos e provas, e, ademais, não se vislumbrando teratologia na fundamentação do acórdão condenatório, conclui-se que a discussão a respeito da demonstração da prova de materialidade e dos indícios - ou mesmo provas - de autoria já está superada. Nesse sentido:

Agravo regimental na decisão liminar de *habeas corpus*. Excepcionalidade não verificada. Execução provisória da sentença condenatória de pessoa que esteve presa preventivamente durante a instrução. Impossibilidade de análise de peça processual que o impetrante deixou de fazer instruir seu pedido. Agravo regimental não conhecido.

1. A jurisprudência desta Corte não admite o agravo regimental interposto contra decisão que indefere, de forma fundamentada, o pedido liminar em *habeas corpus*. Afinal, a regra da colegialidade não prevalece nos julgamentos liminares, em relação aos quais a decisão monocrática, mais célere, faz-se necessária.

2. *Se o paciente esteve preso preventivamente durante a instrução, não se afigura desarrazoado que permaneça recluso com o advento da sentença penal condenatória, pois ela reforça o fumus comissi delicti, anteriormente indiciário, preenchendo os requisitos da prisão cautelar que se referem à autoria e à materialidade.*

3. Como é cediço, cumpre ao impetrante instruir adequadamente seu pedido de *habeas corpus*, sendo certo que a ausência de cópia da sentença condenatória que determinou o cumprimento imediato da pena inviabiliza a análise da tese de que seria ela carente de fundamentação.

4. Agravo regimental não conhecido. (AgRg no HC 358.913/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 1/8/2016, grifou-se).

Habeas corpus. Operação Sevandija. Crime de responsabilidade e associação criminosa. Prisão preventiva mantida na sentença. Art. 387, § 1º, do CPP. Fundamentação inidônea. Ordem concedida.

1. A prisão preventiva possui natureza excepcional, sempre sujeita a reavaliação, de modo que a decisão judicial que a impõe ou a mantém, para compatibilizar-se com a presunção de não culpabilidade e com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade individual quanto a segurança e a paz públicas -, deve ser suficientemente motivada, com indicação concreta das razões fáticas e jurídicas que justificam a cautela, nos termos dos arts. 312, 313 e 282, I e II, do Código de Processo Penal.

2. *A prolação de uma sentença condenatória reforça o inicial fumus comissi delicti, transformando em certeza o que antes era provável: a prova do crime e sua autoria. Sem embargo, a cautelaridade da custódia exige que se indique, nesse momento do iter processual, qual a efetiva necessidade da cautela (periculum libertatis), visto que perdura a presunção de não culpabilidade, como princípio de cariz político-criminal, bem assim a excepcionalidade e a provisoriedade da prisão ante tempus, enquanto pende o processo de conhecimento.*

[...]

8. Ordem concedida para tornar sem efeito a sentença, no ponto em que impôs a prisão preventiva à paciente, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia provisória caso efetivamente demonstrada a superveniência de fatos

novos que indiquem a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do CPP. Estendidos os efeitos do *decisum* aos corréus em situação idêntica. (HC 492.848/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 19/12/2019, grifou-se).

Adiante, ainda com base no art. 312 do CPP, a decisão que decreta a prisão preventiva deve demonstrar o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, i. e., o *periculum libertatis*, que se evidencia quando a prisão *ante tempus* revela-se concretamente necessária para assegurar a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a efetividade da lei penal.

Na presente hipótese, constata-se que a segregação cautelar está fundada na garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal. Considerando os fundamentos exarados no acórdão impugnação para a manutenção da prisão preventiva do recorrente, não vislumbro constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem.

Consoante se apurou no curso das investigações da Operação Cadeia Velha e durante a instrução criminal, em apertada síntese, o agravante, integrando organização criminosa associada ao ex-Governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral, ter-se-ia valido de seu mandato para beneficiar-se ilicitamente com valores oriundos de crimes de corrupção, uma vez que, em contrapartida à sua atuação parlamentar favorável a projetos de interesses de diversos agentes corruptores (como Odebrecht e FETRANSPOR), teria não só recebido vultosas quantias ilícitas desses agentes privados, como, também, teria sido beneficiado com um “loteamento” de cargos e funções da estrutura administrativa direta e indireta do Rio de Janeiro.

Concluiu-se, desse modo, considerados o seu histórico parlamentar e a sua ampla rede de contatos, que sua capacidade de influência política e econômica no cenário político fluminense ainda não exauriu de todo, a despeito de seu afastamento do mandato e do considerável tempo de prisão preventiva.

Por outro lado, constata-se que os crimes de corrupção passiva e pertencimento a organização criminosa atribuídos ao recorrente revestem-se de singular gravidade, não apenas abstrata, mas efetivamente concreta, dados o *modus operandi* que caracterizou as atividades criminosas; a amplitude da organização criminosa instalada no Poder Legislativo do Rio de Janeiro; e, enfim, os elevados valores envolvidos nas operações ilícitas.

Nos limites objetivos da cognição sumária, conclui-se que os autos demonstram suficientemente a gravidade concreta - e não meramente abstrata

- dos crimes de corrupção passiva e pertencimento a organização criminosa pelos quais o agravante foi condenado, tendo em vista não só a sofisticação, a complexidade e a amplitude das operações ilícitas deflagradas por numerosos agentes, mas também os elevados valores envolvidos e os significativos prejuízos que resultaram das condutas criminosas.

Conjugadas essas circunstâncias, entendo satisfatoriamente demonstradas a gravidade concreta dos crimes e a possibilidade significativa de reiteração criminosa, tendo em vista que os elementos dos autos não permitem aprofundar que a capacidade de influência política do recorrente tenha se extinguido. O cenário caracterizado nos autos, por conseguinte, permite afirmar a necessidade de manter a prisão preventiva do agravante com o objetivo de resguardar a ordem pública.

Nesse sentido:

Processo Penal. Agravo regimental da decisão que não conheceu do *habeas corpus*. Prisão preventiva. Requisitos. Configurados. Garantia. Ordem pública. Ordem econômica. Gravidade concreta. Contemporaneidade. Valores ocultos. Conveniência. Instrução criminal. *Modus operandi*. Organização criminosa. Prática rotineira de fraudes. Assegurar. Aplicação lei penal. Disponibilidade de recursos no exterior. Contatos com *trading companies* internacionais. Cidadania sueca. Agravante que não se encontra em território nacional. Constrangimento ilegal. Não demonstrado. Medidas cautelares. Agravo regimental desprovido.

I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

II - De acordo com o art. 312 do Código de Processo Penal, para a decretação da prisão preventiva, é imprescindível a demonstração da prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

III - Os pressupostos da prisão preventiva restaram, nos limites da cognição sumária, suficientemente demonstrados pelas instâncias ordinárias, cujas decisões se fundaram em numerosos elementos colhidos no curso da investigação, inclusive mensagens eletrônicas trocadas entre o agravante e demais acusados, que apontam, em tese, a sua participação central nas operações de organização criminosa constituída com a finalidade, em termos gerais, de obter vantagens indevidas em negócios realizados no âmbito da Petrobras.

IV - Além dos pressupostos da prisão preventiva, a decisão também deve revelar a presença de um ou mais fundamentos da medida, e que também estão elencados no referido art. 312 do Código de Processo Penal, quais sejam, garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

V - *In casu*, da argumentação veiculada no decreto de prisão preventiva do agravante, não se vislumbra a existência de constrangimento ilegal que justifique o provimento do agravo. Isso porque, da análise da decisão reprochada, tem-se que a custódia estaria devidamente fundamentada na garantia da ordem pública e econômica, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, com indicação de dados concretos, tendentes à conformação destes requisitos.

VI - A probabilidade de reiteração e persistência na prática de atividades ilícitas, evidenciados, tanto na decisão que decretou a prisão preventiva, como no acórdão que denegou o *habeas corpus*, consubstanciam o requisito da garantia da ordem pública, densificando-o diante das singularidades da situação concreta.

VII - A prática rotineira de fraudes para acobertamento de crimes evidenciada no *modus operandi* da organização criminoso indica, de modo concreto, o real risco à instrução processual, tendo em vista haver a probabilidade significativa de que novos documentos sejam fraudados para justificar relações contratuais ilícitas.

VIII - Conforme observado pelo e. Tribunal *a quo*, houve o acesso de integrantes do grupo à sede da Petrobras, fato que, indica, ao menos em tese, a permanência do recorrente na prática de crimes, uma vez que, não obstante ele próprio não se encontre em território nacional atualmente, compunha o mesmo núcleo.

IX - A disponibilidade de recursos financeiros no exterior, a existência de relações com *trading companies* internacionais e a titularidade de cidadania sueca apontam, em seu conjunto, a relevante possibilidade de o recorrente se furta à aplicação da lei penal.

X - Embora a titularidade de cidadania estrangeira não constitua, *de per se*, motivo suficiente para presumir a intenção de fuga e o consequente risco à aplicação da lei penal, tal situação jurídica, quando tomada conjuntamente com os demais elementos concretos da realidade fático-processual dos autos, acima apontados, integra, sim, motivo idôneo para a decretação da prisão preventiva com supedâneo neste fundamento.

XI - Verifica-se, em face dos múltiplos riscos à ordem pública, com a ressalva de que a situação do recorrente não destoaria da de outros investigados, sendo impossível supor a desagregação natural do grupo criminoso ou da sequência de atos delitivos sem a segregação cautelar dos personagens mais destacados, que não é viável substituir a prisão preventiva por medidas cautelares.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 502.311/PR, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 18/6/2019, grifou-se).

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Inadequação. Roubo majorado. Prisão preventiva. Necessidade de garantia da ordem pública. Constrangimento ilegal não caracterizado. *Habeas corpus* não conhecido.

1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC

180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Ademais, dispõe o art. 387, § 1º, do mesmo Código, que, quando da prolação da sentença, “o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar”.

3. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que não há constrangimento ilegal quando a prisão preventiva é decretada em razão do modus operandi com que o crime fora praticado, como ocorreu no caso dos presentes autos.

4. *A prisão preventiva do paciente está suficientemente fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública, em razão do risco concreto de reiteração delitiva, pois, segundo consta do decreto preventivo, ele possui histórico criminoso.*

5. Nos moldes da jurisprudência desta Corte, “afasta-se a ausência de contemporaneidade dos fatos quando o decreto não pode ser cumprido porque foragido o paciente por diversos anos, período em que suspensa a ação penal e o curso do prazo prescricional” (HC 574.885/PE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 30/6/2020, DJe 5/8/2020).

6. É inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, pois a gravidade concreta da conduta delituosa indica que a ordem pública não estaria acautelada com a soltura do paciente.

7. Conquanto seja notória a gravidade da ampla disseminação do novo coronavírus no Brasil, as alegações sobre o risco de contágio do paciente no estabelecimento prisional não foram objeto de cognição pela Colegiado de origem, o que obsta o exame da matéria por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e em violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte.

8. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 601.482/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 8/9/2020, grifou-se).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Estatuto do Desarmamento, Associação Criminosa, Receptação e Moeda Falsa. Tese de inépcia da denúncia. Matéria não apreciada pelo Tribunal *a quo*. Supressão de instância não verificada. Existência de flagrante ilegalidade. Prisão preventiva. Requisitos. Gravidade concreta da conduta, necessidade de cessar as atividades

de associação criminosa e fundado receio de reiteração delitiva. Fundamentação idônea. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância, no caso. Prisão domiciliar. Supressão de instância. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício.

1. A Corte de origem não examinou a tese de inépcia da denúncia, ao fundamento de supressão de instância. No entanto, o ato coator que motivou a impetração originária consiste na decisão do Magistrado de primeiro grau que recebeu a inicial acusatória, de modo que não há óbice à análise da matéria pelo Tribunal *a quo*. Cabível, no ponto, a concessão de *habeas corpus*, de ofício.

2. *A decretação da prisão preventiva está suficientemente fundamentada, tendo sido amparada na especial gravidade da conduta - pois o Recorrente é acusado de integrar associação criminosa destinada à prática de vários crimes, sendo que, no dia da prisão, teria se deslocado de sua cidade para a prática de delitos no pequeno município de Ocara/CE, situado a mais de 50 quilômetros.*

Ademais, destacou-se o fundado receio de reiteração delitiva, pois o Recorrente responde a outra ação penal por delito previsto no Estatuto do Desarmamento, bem como a necessidade de fazer cessar as atividades de associação criminosa.

3. Em consulta ao endereço eletrônico do Tribunal de origem, verifica-se que ainda não foi cumprido o mandado de prisão expedido em desfavor do Recorrente, tendo sido desmembrado o feito com relação a ele e outro corréu, enquanto os demais já foram sentenciados.

4. A existência de condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não é apta a desconstituir a prisão processual, caso estejam presentes os requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação/manutenção da medida extrema.

5. A matéria relativa à prisão domiciliar não foi objeto de análise pelo Tribunal *a quo*, o que inviabiliza a apreciação do tema por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

6. Recurso ordinário *em habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. Ordem concedida, de ofício, apenas para determinar que o Tribunal de origem examine a tese de inépcia da denúncia, apresentada na impetração originária." (RHC 119.541/CE, Sexta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 9/9/2020, grifou-se).

Por outro lado, com relação ao pedido de concessão de prisão domiciliar humanitária em virtude da pandemia de Covid-19, segundo consignou a instância precedente, não existem elementos que evidenciem que o estabelecimento penitenciário em que o recorrente está recolhido não tenha condições ou estrutura adequada para lidar com a pandemia de coronavírus. Ao contrário, as informações fornecidas pela autoridade penitenciária indicam

que todos os presos que ingressam nas unidades prisionais do Rio de Janeiro são obrigatoriamente submetidos a período de quarentena justamente com o objetivo de evitar a contaminação dos demais internos. Ademais, ainda com base nas informações prestadas pela autoridade penitenciária, o presídio Pedrolino Werling de Oliveira, em que o agravante está recolhido, conta com lotação de cerca de 70 (setenta) internos, em face de um quantitativo máximo tolerado de até 152 (cento e cinquenta e dois) internos.

Além disso, como bem destacou o parecer do Ministério Público Federal, “*embora seja certo que Paulo Cesar de Melo Sá, por possuir 69 anos de idade, integre o grupo de risco em relação ao coronavírus, é igualmente certo que a circunstância de ele estar encarcerado em Bangu 8 e não em sua residência não eleva de modo extraordinário o seu risco de contaminação e, tampouco, o potencial de letalidade na hipótese de contrair a doença*” (fl. 433), tomando em consideração as características do estabelecimento penitenciário acima referidas.

À luz dessas considerações, não vislumbro ilegalidade flagrante no acórdão impugnado que motive a concessão da ordem de *habeas corpus*, porquanto a necessidade da prisão preventiva para resguardar a ordem pública e a aplicação da lei penal e a impossibilidade de a converter em prisão domiciliar humanitária estão devidamente demonstradas, não havendo motivo que justifique a intervenção desta Corte Superior.

Assim, em que pese o elevado esforço argumentativo do recorrente, não vislumbro razões para modificar os fundamentos da decisão agravada.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo*.

É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS N. 653.202-PE
(2021/0081497-3)**

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
Agravante: Ministério Público do Estado de Pernambuco
Agravado: Fernando Nogueira de Souza (Preso)
Advogado: Ivanilson da Silva Albuquerque - PE033626
Interes.: Ministério Público Federal

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

EMENTA

Agravo regimental em *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Tráfico ilícito de entorpecentes e posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Invasão domiciliar efetuada por policiais militares sem autorização judicial, sem denúncia e sem diligências prévias. Ausência de consentimento escrito do morador. Fuga de indivíduo para o interior de sua residência, ao avistar a viatura policial. Ausência de justa causa. Nulidade das provas obtidas na busca e apreensão. Constrangimento ilegal evidenciado. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício. Agravo regimental improvido.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*. (AgRg no HC 437.522/PR, Rel. Ministro *Felix Fischer*, *Quinta Turma*, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018)

2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010).

Nessa linha de raciocínio, o ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e sua regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. Precedentes desta Corte.

3. “a mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso

de policiais no domicílio indicado, estando, ausente, assim, nessas situações, justa causa para a medida.” (HC 512.418/RJ, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, *Sexta Turma*, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019.)

4. A existência de denúncia anônima de tráfico de drogas no local associada ao avistamento de um indivíduo correndo para o interior de sua residência não constituem fundamento suficiente para autorizar a conclusão de que, na residência em questão, estava sendo cometido algum tipo de delito, permanente ou não. Necessária a prévia realização de diligências policiais para verificar a veracidade das informações recebidas (ex: “campana que ateste movimentação atípica na residência”).

Precedentes: RHC 89.853/SP, Rel. Ministro *Ribeiro Dantas*, *Quinta Turma*, julgado em 18/02/2020, DJe 02/03/2020; RHC 83.501/SP, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, *Sexta Turma*, julgado em 06/03/2018, DJe 05/04/2018; REsp 1.593.028/RJ, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, *Sexta Turma*, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020.

5. Aliás, em recente decisão, a Colenda Sexta Turma deste Tribunal proclamou, nos autos do HC 598.051, da relatoria do Ministro *Rogério Schietti Cruz*, Sessão de 02/03/2021 (...) *que os agentes policiais, caso precisem entrar em uma residência para investigar a ocorrência de crime e não tenham mandado judicial, devem registrar a autorização do morador em vídeo e áudio, como forma de não deixar dúvidas sobre o seu consentimento. A permissão para o ingresso dos policiais no imóvel também deve ser registrada, sempre que possível, por escrito. E* apresentou as seguintes conclusões:

a) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

b) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa, objetiva e concretamente, inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada.

c) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação.

d) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo, e preservada tal prova enquanto durar o processo.

e) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal dos agentes públicos que tenham realizado a diligência.

6. No caso concreto, a leitura da decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva, embora faça alusão à afirmação dos policiais responsáveis pela busca domiciliar de que o paciente teria autorizado sua entrada na residência, evidencia que agiram sem mandado judicial e sem o amparo de denúncia ou de investigação prévias que os conduzisse a crer que naquele local havia tráfico de drogas. Suas suspeitas tiveram por base apenas o fato de que as pessoas que estavam na frente da casa correram para o seu interior assim que perceberam a aproximação da viatura policial.

7. Deve ser considerada inválida eventual autorização do morador da residência vistoriada, se essa autorização não foi concedida por escrito, na esteira da tese firmada no HC 598.051 (Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, *Sexta Turma*, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021), tanto mais quando a descrição dos procedimentos efetuada pelos policiais, em sede inquisitorial, se revela inverossímil, ao afirmarem que, após baterem insistentemente à porta da residência, quando finalmente abriu, o paciente teria consentido na busca e confessado, imediatamente, que dentro de uma caixa de papelão havia drogas e uma arma de fogo.

8. Reconhecida a ilegalidade da entrada da autoridade policial no domicílio do paciente sem prévia autorização judicial, a prova colhida na ocasião (333 gramas de cocaína, 4 gramas de maconha, um revólver cal. 38 e 06 munições intactas) deve ser considerada ilícita.

9. Encontrando-se a ação penal ainda na fase de instrução probatória inicial, deve ser considerada ilegal a prisão preventiva fundada em indícios de materialidade de delito obtidos por meios ilícitos, expedindo-se alvará de soltura em favor do Paciente, se não estiver detido por outras razões, cabendo ao magistrado de 1º grau avaliar se remanescem evidências independentes de materialidade dos delitos que justifiquem o prosseguimento da ação penal.

10. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de maio de 2021 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator

DJe 24.5.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco contra decisão monocrática de minha lavra que concedeu a ordem de ofício, para reconhecer a nulidade das provas de tráfico de entorpecentes e do delito previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/2003 obtidas no flagrante no processo n. 0000006-60.2021.8.17.1250 (referente ao Inquérito Policial n. 02017.0128.0002.00/2021-1.3), assim como das provas delas derivadas, determinando sejam elas desentranhadas do processo, cabendo ao magistrado

de 1º grau avaliar se remanescem evidências independentes de materialidade dos delitos que justifiquem o prosseguimento da ação penal.

Determinei, ainda, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, se não estivesse detido por outras razões, diante da ilegalidade da decretação de prisão preventiva ancorada em indícios de materialidade do delito obtidos de forma ilícita.

Concedi a ordem, por entender que (1) não havia consentimento escrito do morador para entrada na residência e o paciente, em sede inquisitorial, negou ter dado tal autorização e (2) o mero avistamento de um indivíduo correndo para o interior de sua residência não constitui fundamento suficiente para autorizar a conclusão de que, na residência em questão, estava sendo cometido algum tipo de delito, permanente ou não. De consequência, não ficou demonstrado que, no caso concreto, havia fundadas razões a autorizar a entrada dos policiais na residência do Paciente sem sua prévia permissão e sem prévia autorização judicial.

No presente recurso, o *Parquet* estadual sustenta que “Na hipótese sob julgamento, todas as circunstâncias que se apresentaram aos policiais, na realização de investigações do furto na casa vizinha, justificaram a atitude dos policiais em investigar aquele morador, diante do comportamento suspeito das pessoas que se encontravam em frente a sua residência e a do próprio morador. Houve fundadas razões” (e-STJ fls. 212/213).

Argumenta que “nem a lei, nem a decisão do Supremo Tribunal Federal exige que o morador dê consentimento para entrada em sua casa quando há crime permanente, tampouco se exige assinatura do morador e filmagem de tal ato” (e-STJ fl. 213).

Aduz que, “Quanto à prova do consentimento do morador, além de não existir, até o momento, exigência na lei de Abuso de Autoridade e na interpretação do Supremo Tribunal Federal na apreciação da repercussão geral da questão constitucional, *Tema 280*, foi dado um prazo de um ano, no precedente dessa Sexta Turma desse Superior Tribunal de Justiça, citado no voto do eminente Relator, a fim dos Estados instruírem a polícia de como providenciar o consentimento do suspeito, por escrito e com testemunhas, além de providenciarem material e pessoas preparadas para o registro áudio visual, não podendo ser exigido neste processo, o que o foi” (e-STJ fls. 213/214).

Pede, assim, o provimento do agravo regimental, a fim de manter o Acórdão do Tribunal de Justiça de Pernambuco, que considerou a prova lícita.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): O agravo regimental é tempestivo.

Em que pesem os judiciosos argumentos postos no agravo regimental, tenho que não tiveram o condão de abalar os fundamentos da decisão monocrática concedeu a ordem de ofício, nos seguintes termos:

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC n. 320.818/SP, Relator Ministro *Felix Fischer*, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015; e STF, HC n. 113.890/SP, Relatora Ministra *Rosa Weber*, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014.

Este é exatamente o caso dos autos, em que a presente impetração faz as vezes de recurso próprio.

Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Da busca domiciliar

O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010).

Nessa linha de raciocínio, o ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

O crime de tráfico de drogas na modalidade atribuída ao ora paciente (guardar ou ter em depósito) possui natureza permanente. Tal fato torna legítima a entrada de policiais em domicílio para fazer cessar a prática do delito, independentemente de mandado judicial, *desde que* existam elementos suficientes de probabilidade delitiva capazes de demonstrar a ocorrência de situação flagrancial.

Deve-se frisar, ainda, que “a mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado, estando, ausente, assim, nessas situações, justa causa para a medida.” (HC 512.418/RJ, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, *Sexta Turma*, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019.)

Nesse sentido, entre outros, os seguintes precedentes:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tráfico de drogas. Crime permanente. Ingresso em domicílio sem mandado judicial. Flagrante. Justa causa. Possibilidade. Súmula 83/STJ. Revisão probatória. Não cabimento. Súmula 7/STJ. Agravo improvido.

1. É pacífico, nesta Corte, o entendimento de que, nos crimes permanentes, tal qual o tráfico de drogas, o estado de flagrância se protraí no tempo, o que não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que naquele momento, dentro da residência, haveria situação de flagrante delito.

2. Tendo o ingresso em domicílio decorrido de investigações preliminares, dando conta da existência de traficância na residência da recorrente, não há falar em nulidade do flagrante.

3. A análise de eventual validade das declarações prestadas por testemunha, que teria sido obrigada a prestar informação falsa sobre o delito, exigiria revolvimento fático-probatório, providência inadmissível nos termos da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1.512.826/PR, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, *Sexta Turma*, julgado em 18/02/2020, DJe 27/02/2020)

Processo Penal. Agravo regimental no *habeas corpus*. Crime de tráfico de entorpecentes. Nulidade por violação de domicílio. Crime permanente. Justa causa configurada. Inocorrência de ilegalidade. Agravo não provido.

1. Segundo jurisprudência firmada nesta Corte, o crime de tráfico de drogas, na modalidade de guardar ou ter em depósito, constitui crime permanente, configurando-se o flagrante enquanto o entorpecente estiver em poder do infrator, incidindo, portanto, a excepcionalidade do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616, reafirmou o referido entendimento, com o alerta de que para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito.

3. No caso em exame, a justa causa para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial evidencia-se no fato de que os policiais militares, impulsionados por denúncia anônima sobre a ocorrência de comércio de drogas, foram até o local onde se encontrava o réu que, de pronto, tentou empreender fuga, lançando uma sacola de plástica sobre a laje da casa em que estava, na qual foram encontrados 26 microtubos de cocaína e 4 porções de maconha.

4. Considerando a natureza permanente do delito de tráfico e estando devidamente registrada a justa causa para ensejar o ingresso dos agentes de polícia no domicílio do réu, como acima destacado, conclui-se que não se identifica a manifesta ilegalidade sustentada pela defesa.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 516.746/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/08/2019, DJe 20/08/2019)

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Inadequação da via eleita. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Invasão de domicílio. Alegação de nulidade das provas. Crime permanente. Flagrante delito. Fundadas razões. Atuação de guardas municipais. Ausência de constrangimento ilegal. *Habeas corpus* não conhecido.

1. (...).

2. O ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio (REsp 1.558.004/RS, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 31/8/2017).

3. Na espécie, a fuga de suspeitos em direção à residência, os quais possuíam em depósito quantidade significativa de substância entorpecente (142,3g de crack e 287g de maconha), e as informações no sentido de que um dos pacientes controlava o tráfico de drogas na região, legitimou a entrada dos policiais no domicílio, ainda que sem autorização judicial.

4. “É assente nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que os integrantes da guarda municipal não desempenham a função de

policciamento ostensivo; todavia, em situações de flagrante delito, como restou evidenciado ser o caso, a atuação dos agentes municipais está respaldada no comando legal do art. 301 do Código de Processo Penal” (HC 471.229/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 19/2/2019, DJe 1º/3/2019)

5. *Habeas Corpus* não conhecido.

(HC 525.772/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/10/2019, DJe 24/10/2019)

Agravo regimental no *habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Busca e apreensão domiciliar. Possibilidade. Inviolabilidade de domicílio. Existência de fundadas razões sobre a prática do ilícito. Dosimetria. Aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Quantidade das drogas apreendidas. Ações penais em curso. EREsp 1.431.091/SP. Dedicção às atividades criminosas. Fundamentos idôneos a afastar o benefício. Regime prisional. Tribunal que aplicou o regime fechado em razão da natureza e quantidade da droga apreendida. Gravidade concreta do delito. Ausência de constrangimento ilegal. Regime mais gravoso mantido. Agravo desprovido.

I - (...).

II - Em crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão, vale dizer, o estado flagrancial do delito de tráfico de drogas consubstancia uma das exceções à inviolabilidade de domicílio prevista no inciso XI do art. 5º da Constituição Federal.

III - Na hipótese, o Tribunal de origem bem consignou “que a incursão ao local dos fatos ocorreu sob estado de flagrante delito, uma vez que havia fundadas razões para se acreditar que drogas estivessem ali armazenadas.” Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária. Precedentes.

(...)

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 495.488/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23/04/2019, DJe 29/04/2019)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tráfico de drogas. Nulidade decorrente da falta de registro escrito da sentença condenatória. Ausência de prequestionamento. Incidência dos Verbetes Sumulares n. 282 da Suprema Corte e n. 211 desta Corte Superior. Concessão de

habeas corpus de ofício. Utilização como meio para análise do mérito do recurso. Inviabilidade. Busca e apreensão domiciliar. Possibilidade. Inviolabilidade de domicílio. Existência de fundadas razões sobre a prática do ilícito. Gratuidade da justiça. Isenção de custas. Impossibilidade. Agravo regimental desprovido.

(...).

3. O tráfico ilícito de drogas é delito permanente, podendo a autoridade policial ingressar no interior do domicílio do agente, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa e apreender a substância entorpecente que nele for encontrada, sem que, para tanto, seja necessária a expedição de mandado de busca e apreensão.

4. No caso concreto, a entrada na residência pela autoridade policial foi precedida de fundadas razões que levaram à suspeita da prática do crime, mormente pelo fato de que existiam denúncias apontando o Agravante como traficante local, sendo que os milicianos visualizaram o Acusado portando porções da droga. O Réu, ao perceber a presença dos agentes da lei, tentou dispensar os entorpecentes.

5. (...).

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1.371.623/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 11/04/2019, DJe 30/04/2019)

De se pontuar, ainda, que, em recente decisão, a Colenda Sexta Turma deste Tribunal proclamou, nos autos do HC 598.051 (Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021):

(...) que os agentes policiais, caso precisem entrar em uma residência para investigar a ocorrência de crime e não tenham mandado judicial, *devem registrar a autorização do morador em vídeo e áudio, como forma de não deixar dúvidas sobre o seu consentimento. A permissão para o ingresso dos policiais no imóvel também deve ser registrada, sempre que possível, por escrito.*

O colegiado estabeleceu o prazo de um ano para o aparelhamento das polícias, o treinamento dos agentes e demais providências necessárias para evitar futuras situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, resultar em responsabilização administrativa, civil e penal dos policiais, além da anulação das provas colhidas nas investigações.

Seguindo o voto do relator, ministro Rogerio Schietti Cruz, a turma concedeu *habeas corpus* – requerido pela Defensoria Pública de São Paulo – para anular prova obtida durante invasão policial não autorizada em uma casa e absolver um homem condenado por tráfico de drogas. Os policiais

alegaram que tiveram autorização do morador para ingressar na casa – onde encontraram cerca de cem gramas de maconha –, mas o acusado afirmou que os agentes forçaram a entrada e que ele não teve como se opor.

“A situação versada neste e em inúmeros outros processos que aportam nesta corte superior diz respeito à própria noção de civilidade e ao significado concreto do que se entende por Estado Democrático de Direito, que não pode coonestar, para sua legítima existência, práticas abusivas contra parcelas da população que, por sua topografia e status social, costumam ficar mais suscetíveis ao braço ostensivo e armado das forças de segurança”, afirmou o relator.

Segundo ele, deve ser vista com muita reserva a afirmação usual de que o morador concordou livremente com o ingresso dos policiais, principalmente quando a diligência não é acompanhada de documentação capaz de afastar dúvidas sobre sua legalidade.

Conclusões

Ao firmar o precedente, a Sexta Turma estabeleceu cinco teses centrais:

1) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

2) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. *Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa, objetiva e concretamente, inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada.*

3) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação.

4) *A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo, e preservada tal prova enquanto durar o processo.*

5) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em

decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal dos agentes públicos que tenham realizado a diligência. - Sessão de 02/03/2021.

(<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/02032021-Policiais-devem-gravar-autorizacao-de-morador-para-entrada-na-residencia--decide-Sexta-Turma.aspx>).

A diretriz proclamada na Sexta Turma, ora reafirmada por este Relator, no sentido de que a gravação audiovisual e o registro escrito da autorização do morador, além de confirmarem a licitude da prova obtida, trarão proteção tanto para o residente quanto para os policiais – teve como base precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) e de cortes estrangeiras, especialmente dos Estados Unidos, da França, Espanha e de Portugal. A tese em questão foi referendada no HC 628.371/SC, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, *Sexta Turma*, julgado em 16/03/2021, DJe 23/03/2021.

No caso concreto, a leitura da decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva, embora faça alusão à afirmação dos policiais responsáveis pela busca domiciliar de que o paciente teria autorizado sua entrada na residência, evidencia que agiram sem mandado judicial e sem o amparo de denúncia ou de investigação prévias que os conduzisse a crer que naquele local havia tráfico de drogas. Suas suspeitas tiveram por base apenas o fato de que as pessoas que estavam na frente da casa correram para o seu interior assim que perceberam a aproximação da viatura policial.

Confira-se o seguinte trecho:

Consta das peças de informação que instruem o presente APFD que **policiais militares que estavam de serviço foram averiguar uma situação de furto em uma residência, que ao chegarem no local, observaram que havia algumas pessoas em frente à casa vizinha da averiguada, e que estas pessoas correram assim que perceberam a aproximação da viatura da polícia, e que a pessoa que estava no interior da residência fechou a janela.**

Em razão da atitude suspeita, os milicianos foram até a referida residência, oportunidade em que o flagranteado abriu a porta e confessou que possuía objetos ilícitos.

Na residência de Fernando Nogueira foram encontrados 333g de cocaína, 4ct de maconha, um revólver cal. 38, 06 munições intactas, o montante de R\$ 458,00 (quatrocentos e cinquenta e oito reais) em espécie.

(e-STJ fl. 80 – negritei)

O depoimento do Policial Militar *Maximiano Fernandes Leite Júnior* também narra os mesmos eventos:

Que, no dia de hoje, 02/01/2021, por volta das 12h20min, seguiu a Rua Assis Severino Chagas, bairro Rio Verde, neste chegar município, para averiguar uma situação de furto; *Que* ao chegar no local, viu várias pessoas na frente da casa vizinha à casa da ocorrência do furto; *Que* estas pessoas correram assim que perceberam a aproximação da viatura; *Que* no interior desta casa havia um homem que “brechou” pela cortina de porta e logo em seguida trancou a janela; *Que* a guarnição achou suspeita a atitude do homem; *Que* primeiramente o efetivo verificou a ocorrência do furto; *Que* logo em seguida, resolveram bater na porta da casa vizinha (casa do conduzido); *Que* o conduzido não respondeu ao efetivo; *Que* continuou a chamar na frente da porta até o imputado abrir a porta; *Que* ao questionar *Fernando Nogueira* se o mesmo tinha alguma coisa ilícita no interior da casa, o mesmo de pronto respondeu que dentro de uma caixa de papelão havia drogas e arma de um fogo; *Que* o efetivo localizou 333g de cocaína, 4g de maconha, revólver cal .38, 06 munições intactas, R\$ 458,00 em espécie;

(e-STJ fl. 38)

Ora, não é minimamente crível que uma pessoa se autoincrimine ao ser questionada por policial que bate à sua porta. Tampouco é crível que o ora recorrente tenha consentido com a realização de vistoria em sua residência tanto mais quando, mesmo interrogado em sede policial, afirmou que “não quis abrir a porta para os policiais” e que “os policiais adentraram na casa do interrogando e lhe renderam” (e-STJ fl. 41).

Deve, portanto, ser considerada inválida eventual autorização do morador da residência vistoriada, se essa autorização não foi concedida por escrito, na esteira da tese firmada no HC 598.051 (Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, *Sexta Turma*, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021).

Ademais, a jurisprudência desta Corte tem entendido que o mero avistamento de um indivíduo correndo para o interior de sua residência não constitui fundamento suficiente para autorizar a conclusão de que, na residência em questão, estava sendo cometido algum tipo de delito, permanente ou não.

Nesse sentido recentemente decidiu esta Quinta Turma:

Recurso em *habeas corpus*. Tráfico de drogas. Flagrante. Violação de domicílio. Tema 280/STF. **Fuga isolada do suspeito. Ausência de justa causa. Nulidade de provas configurada.** Constrangimento ilegal evidenciado.

1. No RE n. 603.616/Tema 280/STF, a Suprema Corte asseverou que a flagrância posterior, sem demonstração de justa causa, não legitima o ingresso dos agentes do Estado em domicílio sem autorização judicial e fora das hipóteses constitucionalmente previstas (art. 5º, XI, da CF).

2. **Apesar de se verificar precedentes desta Quinta Turma em sentido contrário, entende-se mais adequado com a jurisprudência**

do Supremo Tribunal Federal o entendimento que exige a prévia realização de diligências policiais para verificar a veracidade das informações recebidas (ex: “campana que ateste movimentação atípica na residência”).

4. Recurso em habeas corpus provido para que sejam declaradas ilícitas as provas derivadas do flagrante na ação penal n. 0006327-46.2015.8.26.0224, em trâmite no Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos/SP.

(RHC 89.853/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/02/2020, DJe 02/03/2020) – negritei.

Em situação bastante semelhante à dos presentes autos, na qual se contou com “denúncia anônima” e fuga do morador após visualizar os policiais, a Sexta Turma desta Corte entendeu que, mesmo diante da conjugação de desses dois fatores, não se estaria diante de justa causa. Aquele Órgão julgador ressaltou a imprescindibilidade de prévia investigação policial para verificar a veracidade das informações recebidas:

Processual Penal e Penal. Recurso em *habeas corpus*. Prisão preventiva. **Tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes.** Corrupção de menores. **Entrada em domicílio sem ordem judicial e sem elementos mínimos de traficância no local. Prisão preventiva ilegal. Trancamento da ação penal.** Recurso em *habeas corpus* provido.

1. Ainda que esta Sexta Turma tenha admitido como fundamento para a prisão preventiva a relevante quantidade entorpecentes apreendidos em poder da paciente, tratando-se de 132 pedras de crack, 84 papérolas de cocaína e ainda 26 trouxinhas de maconha, **não foi apontado nenhum elemento idôneo para justificar a entrada dos policiais na residência da paciente, citando-se apenas a verificação de denúncias de tráfico de drogas que receberam através do “Disque Denúncia”, e a fuga do adolescente.**

2. Verifica-se ofensa ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio, determinado no art. 5º, inc. XI, da Constituição da República, quando não há referência a prévia investigação policial para verificar a possível veracidade das informações recebidas, não se tratando de averiguação de informações concretas e robustas acerca da traficância no domicílio violado.

3. Recurso em *habeas corpus* provido, para a soltura da recorrente, *Tereza Rodrigues*, e de ofício determinar o trancamento da Ação Penal n. 0001783-23.2016.8.26.0695.”

(RHC 83.501/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 06/03/2018, DJe 05/04/2018) - negritei.

Na mesma linha, o seguinte julgado:

Recurso especial. Tráfico de drogas. Flagrante. Domicílio como expressão do direito à intimidade. Asilo inviolável. Exceções constitucionais. Interpretação restritiva. **Invasão de domicílio pela polícia. Necessidade de justa causa. Nulidade das provas obtidas. Teoria dos frutos da árvore envenenada. Absolvição que se mostra devida.** Divergência jurisprudencial. Julgado proferido em *habeas corpus*. Impossibilidade. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

1. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). No mesmo sentido, neste STJ, REsp n. 1.574.681/RS.

2. Não há, no caso, referência à prévia investigação, monitoramento ou campanas no local. Não há, da mesma forma, menção a eventual movimentação de pessoas na residência típica de comercialização de drogas. Também não se tratava de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da ocorrência de tráfico naquele local. Há apenas a descrição de que policiais militares receberam “notícias” acerca de eventual traficância praticada pelo réu, sem a realização, ao que tudo indica, de outras diligências prévias para apurar a veracidade e a plausibilidade dessa informação, de maneira que não se configurou o elemento “fundadas razões” a autorizar o ingresso no domicílio do réu.

3. A descoberta *a posteriori* de uma situação de flagrante não passou de mero acaso, de maneira que **a entrada no domicílio do acusado, no caso, desbordou do que se teria como uma situação justificadora do ingresso na casa do então suspeito. Sem eficácia probatória, portanto, a prova obtida ilicitamente, por meio de violação de norma constitucional, o que a torna imprestável para legitimar todos os atos produzidos posteriormente.**

4. Acórdão proferido em *habeas corpus* não serve de paradigma para fins de comprovação de alegado dissídio jurisprudencial.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

(REsp 1.593.028/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020) – negritei.

Patente, assim, a ilegalidade da entrada dos policiais na residência em que o réu foi flagrado, sem mandado judicial e sem autorização do morador por escrito, devem ser reconhecidas como ilícitas as provas de tráfico de entorpecentes e do delito previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/2003 derivadas do flagrante no processo n. 0000006-60.2021.8.17.1250 (referente ao Inquérito Policial n. 02017.0128.0002.00/2021-1.3).

A consulta ao andamento processual do feito, no site do TJPE, indica que o defensor do acusado (ora recorrente) apresentou Defesa Prévia em 08.03.2021 e em despacho proferido em 15.03.2021 foi recebida a denúncia e designada a audiência de instrução e julgamento para o dia 14.07.2021, informações essas corroboradas nos esclarecimentos prestados pelo Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Santa Cruz do Capiberibe/PE às e-STJ fls. 132/133.

Entretanto, não foi juntada aos autos cópia da denúncia, não havendo, portanto, como se verificar se as acusações imputadas ao paciente se arrimam exclusivamente em provas coletadas por ocasião da busca domiciliar aqui reconhecida como ilegal ou dela derivadas.

De outro lado, a leitura da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente revela que ela se ancora unicamente em indícios de materialidade colhidos na busca domiciliar ilegal, pelo que tal decisão não merece subsistir.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Concedo, entretanto, a ordem de ofício, para reconhecer a nulidade das provas de tráfico de entorpecentes e do delito previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/2003 obtidas no flagrante no processo n. 0000006-60.2021.8.17.1250 (referente ao Inquérito Policial n. 02017.0128.0002.00/2021-1.3), assim como das provas delas derivadas, determinando sejam elas desentranhadas do processo, cabendo ao magistrado de 1º grau avaliar se remanescem evidências independentes de materialidade dos delitos que justifiquem o prosseguimento da ação penal.

Diante da ilegalidade da decretação de prisão preventiva ancorada em indícios de materialidade do delito obtidos de forma ilícita, deverá ser expedido alvará de soltura em favor do Paciente, se não estiver detido por outras razões.

Reafirmo que não é verossímil a narrativa dos policiais que efetuaram o flagrante sobre o consentimento do paciente para efetuarem busca em sua residência e sobre sua confissão “espontânea” a respeito da existência de drogas e de uma arma no local, logo no momento em que abriu a porta e foi indagado sobre isso.

Ressalto, ainda, que o mero fato de os policiais terem-se dirigido à casa vizinha para investigar uma ocorrência de furto não permite deduzir que, na casa ao lado, estaria sendo cometido qualquer tipo de delito – de natureza permanente ou não. Assim sendo, é forçoso concluir que os investigadores

foram movidos apenas e exclusivamente por suspeita advinda do fato de que as pessoas que estavam em frente à casa do paciente correram para dentro da residência ao avistarem a viatura policial, motivo esse que a jurisprudência desta Corte não considera enquadrar-se no conceito de “fundadas razões” a autorizar a busca domiciliar sem mandado e sem diligências prévias.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS N.
136.961-RJ (2020/0284469-3)**

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

Agravante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Agravado: Osmar Oliveira de Souza (Preso)

Advogado: Altelande dos Santos Valentim - RJ180396

EMENTA

Agravo regimental. Ministério Público Estadual. Legitimidade. IPPSC (Rio de Janeiro). Resolução Corte IDH 22/11/2018. Preso em condições degradantes. Cômputo em dobro do período de privação de liberdade. Obrigação do Estado-Parte. Sentença da Corte. Medida de urgência. Eficácia temporal. Efetividade dos direitos humanos. Princípio *pro personae*. Controle de convencionalidade. Interpretação mais favorável ao indivíduo, em sede de aplicação dos direitos humanos em âmbito internacional (princípio da fraternidade - desdobramento). Súmula 182 STJ. Agravo desprovido.

1. Legitimidade do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para interposição do agravo regimental. “*Não há sentido em se negar o reconhecimento do direito de atuação dos Ministérios Públicos estaduais e do Distrito Federal perante esta Corte, se a interpretação conferida pelo STF, a partir de tema que assume, consoante as palavras do Ministro*

Celso de Mello, 'indiscutível relevo jurídico-constitucional' (RCL-AGR n.7.358) aponta na direção oposta, após evolução jurisprudencial acerca do tema" (AgRg nos EREsp n. 1.256.973/RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, Relator p/ acórdão Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 27/8/2014, DJe 6/11/2014).

2. Hipótese concernente ao notório caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro (IPPSC), objeto de inúmeras Inspeções que culminaram com a Resolução da Corte IDH de 22/11/2018, que, ao reconhecer referido Instituto inadequado para a execução de penas, especialmente em razão de os presos se acharem em situação degradante e desumana, determinou que se computasse “em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente Resolução”.

3. Ao sujeitar-se à jurisdição da Corte IDH, o País alarga o rol de direitos das pessoas e o espaço de diálogo com a comunidade internacional. Com isso, a jurisdição brasileira, ao basear-se na cooperação internacional, pode ampliar a efetividade dos direitos humanos.

4. A sentença da Corte IDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença. Na hipótese, as instâncias inferiores ao diferirem os efeitos da decisão para o momento em que o Estado Brasileiro tomou ciência da decisão proferida pela Corte Interamericana, deixando com isso de computar parte do período em que o recorrente teria cumprido pena em situação considerada degradante, deixaram de dar cumprimento a tal mandamento, levando em conta que as sentenças da Corte possuem eficácia imediata para os Estados Partes e efeito meramente declaratório.

5. Não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado. Em realidade,

o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pudesse ser objeto de reconhecimento, devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena.

6. Por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, o Estado-parte da CIDH pode ampliar a proteção dos direitos humanos, por meio do princípio *pro personae*, interpretando a sentença da Corte IDH da maneira mais favorável possível aquele que vê seus direitos violados.

7. As autoridades públicas, judiciárias inclusive, devem exercer o controle de convencionalidade, observando os efeitos das disposições do diploma internacional e adequando sua estrutura interna para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos, devendo empregar a interpretação mais favorável ao ser humano.

- Aliás, essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a *que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como “fraterna”* (HC n. 94.163, Relator Min. Carlos Britto, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe-200 divulg 22/10/2009 public 23/10/2009 Ement vol-02379-04 pp-00851). O horizonte da fraternidade é, na verdade, o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. A certeza de que o titular desses direitos é qualquer pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos atores do Direito e do Sistema de Justiça.

- Doutrina: BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2007; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017; MACHADO, Clara. O Princípio Jurídico da

Fraternidade. - um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2017; VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; Direito, Justiça e Fraternidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

8. Os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais. É com tal espírito hermenêutico que se deduz que, na hipótese, a melhor interpretação a ser dada, é pela aplicação a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018 a todo o período em que o recorrente cumpriu pena no IPPSC.

9. A alegação inovadora, trazida em sede de agravo regimental, no sentido de que a determinação exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH, teria a natureza de medida cautelar provisória e que, ante tal circunstância, mencionada Resolução não poderia produzir efeitos retroativos, devendo produzir efeitos jurídicos *ex nunc*, não merece guarida. O caráter de urgência apontado pelo recorrente na medida provisória indicada não possui o condão de limitar os efeitos da obrigação decorrentes da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH para o futuro (*ex nunc*), mas sim de apontar para a necessidade de celeridade na adoção dos meios de seu cumprimento, tendo em vista, inclusive, a gravidade constatada nas peculiaridades do caso.

10. Por fim, de se apontar óbice de cunho processual ao provimento do recurso de agravo interposto, consistente no fato de que o recorrente se limitou a indicar eventuais efeitos futuros da multimencionada Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH fulcrado em sua natureza de medida de urgência, sem, contudo, atacar os fundamentos da decisão agravada, circunstância apta a atrair o óbice contido no Verbete Sumular 182 do STJ, *verbis*: “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.”

11. *Negativa de provimento ao agravo regimental* interposto, mantendo, por consequência, a decisão que, dando provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, determinou o cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 15 de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator

DJe 21.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Cuida-se de agravo regimental (e-STJ fls. 353-364) interposto pelo *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* em face de decisão exarada às e-STJ fls. 342-347, na qual foi dado provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* (Recurso em *habeas corpus*), interposto por *Osmar Oliveira de Souza* em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (HC n. 0056922-61.2020.8.19.0000).

Consta dos autos que a defesa impetrou *habeas corpus* em favor do ora recorrente, perante a Corte estadual do Rio de Janeiro, pleiteando o cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, vale dizer, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019.

O Tribunal, por sua vez, denegou a ordem, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 68/69):

Habeas corpus. Impetração objetivando o cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho,

vale dizer, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019. Ao aderir à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica), em 25.09.1992, incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto Legislativo n. 678/92, o Estado Brasileiro reconheceu expressamente a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no tocante à interpretação e aplicação daquele tratado. O artigo 63 da referida convenção internacional, preceitua que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, poderá determinar medidas provisórias para reparação de situação que configure violação a um direito ou liberdade por ela protegidos. De outro vulto, o artigo 68 do mesmo tratado, estabelece que os Estados-Parte comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todos os casos em que forem partes. Nesta toada, forçoso concluir-se quanto à obrigatoriedade da determinação contida na Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018, que determinou o cômputo em dobro do período de cumprimento de pena privativa de liberdade dos apenados no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Referida resolução foi omissa quanto marco *a quo* da contagem, de forma que se deve aplicar as regras do ordenamento jurídico brasileiro, que confere efetividade e coercibilidade as decisões, na data de sua notificação formal, *in casu*, no dia 14 de dezembro de 2018. Precedente do TJRJ. Escorreita a decisão do juízo impetrado, não fazendo jus o paciente ao cômputo em dobro no tocante ao período em que esteve custodiado no suso mencionado estabelecimento prisional anteriormente ao dia 14 de dezembro de 2018. *Ordem conhecida e denegada.*

Em sede de recurso ordinário, pretende o recorrente seja o seu recurso provido para que, uma vez reformada a decisão atacada, que o período de pena cumprida pelo apenado, no Complexo Prisional de Gericinó, em Bangu/RJ, seja considerado em dobro, por se tratar de pena cumprida de maneira degradante e desumana, conforme determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Aduz que a contagem em dobro deve incidir sobre o total da pena cumprida de forma degradante, o que levaria o recorrente a alcançar o período necessário tanto para a progressão de regime quanto para o livramento condicional.

Em parecer, o *Ministério Público Federal* opinou pelo provimento do recurso ordinário em *habeas corpus*.

O recurso restou provido nos termos da decisão agravada, tendo-se determinado que “*se efetue o computo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019.*” (e-STJ fls. 346)

Em sede de agravo regimental (e-STJ fls. 353-364) o *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* aduz, em suas razões, que a determinação exarada pela

Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH, teria a natureza de medida cautelar provisória, nos termos do art. 63.2 da Convenção Americana apontada.

Aduz que, ante tal circunstância, referida resolução não poderia produzir efeitos retroativos, devendo produzir efeitos jurídicos tão somente *ex nunc*, a contar da intimação da parte obrigada. Assevera que o fato de mencionada resolução estabelecer prazos para seu cumprimento corrobora tal entendimento.

Pugna pelo provimento do agravo e reforma da decisão atacada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): Inicialmente, no que concerne à legitimidade do agravante para interposição do recurso ora em apreço, nada obstante os princípios de unidade e indivisibilidade constitucionais que regem o Ministério Público, importa destacar precedente no sentido de que “*não há sentido em se negar o reconhecimento do direito de atuação dos Ministérios Públicos estaduais e do Distrito Federal perante esta Corte, se a interpretação conferida pelo STF, a partir de tema que assume, consoante as palavras do Ministro Celso de Mello, ‘indiscutível relevo jurídico-constitucional’ (RCL-AGR n. 7.358) aponta na direção oposta, após evolução jurisprudencial acerca do tema*” (AgRg nos EREsp n. 1.256.973/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, relator p/ acórdão Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 27/8/2014, DJe 6/11/2014). Interpretação do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior.

Sendo assim, cedendo passo à Jurisprudência mencionada, presentes os demais pressupostos de admissibilidade, conhecimento do agravo regimental.

Verifica-se, porém, que o recurso não apresenta argumento capaz de desconstituir os fundamentos que embasaram a decisão impugnada.

Como restou asseverado na decisão impugnada, a hipótese dos autos diz respeito ao notório caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro (IPPSC). A referida unidade prisional foi objeto de inúmeras Inspeções que culminaram com a Resolução da Corte IDH de 22/11/2018, que, ao reconhecer referido instituto inadequado para a execução de penas, especialmente em razão de os presos se acharem em situação degradante e desumana, determinou no item n. 4, que se computasse “em dobro cada dia de

privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente resolução”.

Ao denegar a ordem, o Tribunal *a quo*, no acórdão recorrido, assim se pronunciou, no que aqui interessa (e-STJ fls. 72):

(...)

Nesta toada, forçoso concluir-se quanto à obrigatoriedade da determinação contida na Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018, que determinou o cômputo em dobro do período de cumprimento de pena privativa de liberdade dos apenados no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Posto isto, não se discute o direito à contagem em dobro da pena, tanto o é, que o pleito foi acolhido pelo juízo impetrado.

Referida resolução foi omissa quanto marco a quo da contagem, de forma que se deve aplicar as regras do ordenamento jurídico brasileiro, que confere efetividade e coercibilidade as decisões, na data de sua notificação formal, *in casu*, no dia 14 de dezembro de 2018.

O Juízo da Execução, por sua vez, sobre o tema ventilado, assim havia se manifestado (e-STJ fls. 57):

(...)

No que se refere ao termo a quo a partir do qual a medida ora em escopo é aplicável, deve-se ter como parâmetro o dia 14/12/2018, data em que o Brasil foi formalmente notificado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para cumprimento das medidas dispostas na Resolução de 22/11/2018. Pelo vigo de todo o exposto, *defiro* o pleito. *Cumpra-se* a Resolução CIDH de 22/11/2018, computando-se *em dobro* o tempo de pena cumprida pelo penitente no Instituto Plácido Sá Carvalho de 17.08.2018 até 06.09.2019, conforme TFD, ou seja, pelo período em que esteve configurada a situação constatada pela CIDH. Registre-se o incidente de “remição”, explicitando-se o período de prisão ora “dobrado”.

Conforme se extrai dos trechos transcritos, a controvérsia se cinge ao termo inicial de efetividade da já mencionada a Resolução da Corte IDH, de 22 de novembro de 2018, no que tange ao item 4, onde se determinou que se computasse “em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente resolução”.

Vale asseverar, por oportuno, que, conforme constatado pelo Juiz da Execução, na hipótese, “não houve vulneração da integridade física das vítimas” (e-STJ fls. 56), situação que, de plano, afasta qualquer necessidade de digressão acerca do tema, ante os termos do item 4 retrotranscrito.

Posta tal premissa, a aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, em 1969, trouxe aos Estados americanos, signatários do documento internacional, uma série de direitos e deveres envolvendo o tema.

A partir do Decreto 4.463, de novembro de 2002, o Brasil submeteu-se à jurisdição contenciosa da Corte IDH e passou a figurar no polo passivo de demandas internacionais, o que resultou em obrigações de ajustes internos para que suas normas pudessem se coadunar com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ao sujeitar-se à jurisdição da Corte IDH, o País amplia o rol de direitos das pessoas e o espaço de diálogo com a comunidade internacional. Com isso, a jurisdição brasileira, ao basear-se na cooperação internacional, pode alargar a efetividade dos direitos humanos.

As sentenças emitidas pela Corte IDH, por sua vez, têm eficácia vinculante aos Estados que sejam partes processuais, não havendo meios de impugnação aptos a revisar a decisão exarada. Em caso de descumprimento da sentença, a Corte poderá submetê-la à análise da Assembleia Geral da Organização, com o fim de emitir recomendações para que as exigências sejam cumpridas e ocorra a consequente reparação dos danos e cessação das violações dos direitos humanos.

A supervisão de cumprimento de sentença ocorre pela própria Corte, a qual pode requerer informações ao Estado-parte, quando consideradas pertinentes. Essa característica deriva do princípio internacional do *pacta sunt servanda*. Isto é, parte-se da premissa que os Estados têm de cumprir suas obrigações e deveres de boa-fé ao assumirem a responsabilidade diante da comunidade internacional. Tal princípio evita que os Estados se eximam das obrigações adimplidas, perante o Direito Internacional, em razão de seu direito interno, o qual deve se coadunar com as resoluções e documentos internacionais dos quais faça parte. A propósito, o artigo 26 da CADH afirma que os Estados-partes se comprometem a adotar, tanto no âmbito interno quanto no internacional, as providências necessárias para conseguir o desenvolvimento progressivo e a plena efetividade dos direitos constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, inclusive para prevenir a violação dos direitos humanos.

Portanto, a sentença da Corte IDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença.

Sobre o tema vale destacar o art. 69 da CADH que afirma que a “sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e transmitida aos Estados Partes na Convenção”.

Contudo, na hipótese, as instâncias inferiores ao diferirem os efeitos da decisão para o momento em que o Estado Brasileiro tomou ciência da decisão proferida pela Corte Interamericana, deixando com isso de computar parte do período em que o recorrente teria cumprido pena em situação considerada degradante, deixaram de dar cumprimento a tal mandamento, levando em conta que as sentenças da Corte possuem eficácia imediata para os Estados Partes e efeito meramente declaratório.

No que diz respeito à alegação inovadora, trazida em sede de agravo regimental, no sentido de que a determinação exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH, teria a natureza de medida cautelar provisória e que, ante tal circunstância, mencionada resolução não poderia produzir efeitos retroativos, devendo produzir efeitos jurídicos *ex nunc*, melhor sorte não assiste ao recorrente.

O caráter de urgência apontado pelo recorrente na medida provisória indicada não possui o condão de limitar os efeitos da obrigação decorrentes da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH para o futuro (*ex nunc*), mas sim de apontar para a necessidade de celeridade na adoção dos meios de seu cumprimento, tendo em vista, inclusive, a gravidade constatada das peculiaridades do caso.

No plano doutrinário, corroborando tal entendimento, acerca do efeito das *medidas de urgência* decorrentes das questões submetidas à Corte, leciona Amaral Júnior que “em caso de *extrema gravidade e urgência*, e quando se fizer necessário *evitar danos irreparáveis às pessoas*, a Corte nos assuntos a ela submetidos, poderá adotar *medidas provisórias* que considerar pertinentes. Quando decidir que houve *violação de um direito ou liberdade protegidos pela Convenção*, a Corte determinará que *se assegure ao prejudicado o gozo ou liberdade violado*.” (grifei, in AMARAL JÚNIOR, Aberto do. Manual do candidato; noções de direito internacional - 4. ed. atual. - Brasília: FUNAG, 2015).

Da lição mencionada se extrai que as referida medidas de urgência, ao contrário de carecer de relevância e força executiva, possuem a natureza de medida cautelar garantidora da efetividade da sentenças da Corte IDH, ganhando, portanto, em importância, na extensão em que visam, em última análise, assegurar sejam reparadas consequências da situação que haja configurado a violação de direitos, não significando, com isso, possuam efeito restritivo *ex nunc*.

A interpretação aventada pelo recorrente, na hipótese, careceria, inclusive, de viés sentido interpretativo lógico, na medida em que significaria, em última instância, limitar no tempo, de forma arbitrária, as circunstâncias degradantes de cumprimento carcerário que motivaram o cômputo em dobro da pena pela Corte. De fato, não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado. Em realidade, o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pudesse ser objeto de reconhecimento, devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena.

Nesse ponto, vale asseverar que, por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, o Estado-parte da CIDH pode ampliar a proteção dos direitos humanos, por meio do princípio *pro personae*, *interpretando a sentença da Corte IDH da maneira mais favorável possível aquele que vê seus direitos violados*.

No mesmo diapasão, as autoridades públicas, judiciárias inclusive, devem exercer o *controle de convencionalidade*, observando os efeitos das disposições do diploma internacional e adequando sua estrutura interna para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos, devendo empregar a interpretação mais favorável ao Ser Humano.

Logo, os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais. É com tal espírito hermenêutico que se deduz que, na hipótese, a melhor interpretação a ser dada, é pela aplicação a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018 a todo o período em que o recorrente cumpriu pena no IPPSC.

Aliás, essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a *que mais se aproxima da Constituição*

Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como “fraterna” (HC n. 94163, Relator Min. Carlos Britto, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe-200 divulg 22/10/2009 public 23/10/2009 Ement vol-02379-04 pp-00851). O horizonte da fraternidade é, na verdade, o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. A certeza de que o titular desses direitos é qualquer pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos atores do Direito e do Sistema de Justiça (FONSECA, Reynaldo Soares da. O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no Sistema de Justiça. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019).

Sobre o tema, recorro a expressiva doutrina brasileira: BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2007; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017; MACHADO, Clara. O Princípio Jurídico da Fraternidade. - um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2017; VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; Direito, Justiça e Fraternidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Por fim, de se apontar óbice de cunho processual ao provimento do recurso de agravo interposto, consistente no fato de que o recorrente se limitou a indicar eventuais efeitos futuros da mencionada Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH fulcrado em sua natureza de medida de urgência, sem, contudo, atacar os fundamentos da decisão agravada, circunstância apta a atrair o óbice contido no Verbete Sumular 182 do STJ, *verbis*: “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.”

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo regimental* interposto, mantendo, por consequência, a decisão que, dando provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, determinou cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.882.079-RS
(2020/0155818-2)**

Relator: Ministro Felix Fischer

Agravante: A P F

Advogados: Tracy Joseph Reinaldet dos Santos - PR056300

Matteus Beresa de Paula Macedo - PR083616

Giovanni Diniz Machado da Silva - PR103541

Agravado: Ministério Público Federal

Interes.: União

EMENTA

Penal. Processo Penal. Operação Lava Jato. Colaboração premiada. Compartilhamento requerido pela Receita Federal. Indeferimento. Agravo regimental no recurso especial da decisão monocrática que deu provimento ao recurso ministerial. Legitimidade e interesse recursal do Ministério Público Federal na condição de *custos legis*. Possibilidade. Decisão mantida.

I - O Agravo Regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento firmado anteriormente, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

II - Não vislumbro ilegitimidade ou ausência de interesse recursal do *Parquet* para representar judicialmente a Receita Federal do Brasil contra indeferimento do pleito de compartilhamento da colaboração premiada para instruir procedimento administrativo fiscal, uma vez que o Ministério Público Federal tem legitimidade ativa para recorrer nos processos em que oficiou como *custos legis*, já que nítido prejuízo relacionado à Fazenda Pública, além de possuir o concreto interesse de agir, haja vista a necessidade de proteção do patrimônio público.

Agravo Regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de maio de 2021 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 7.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de Agravo Regimental interposto por *APF*, contra decisão de minha relatoria, a qual deu provimento ao recurso do *Parquet*, a fim de determinar o retorno dos autos a origem.

Ressai das alegações aventadas pelo agravante, a pretensão de que seja efetivado o juízo de retratação, com a reforma da decisão fustigada e o consequente desprovimento do Apelo Nobre.

Consta dos autos que, em sede de Agravo Regimental, o Tribunal de origem, por unanimidade, *não conheceu* do recurso ministerial, nos termos da seguinte ementa (fl. 1.878):

Agravo regimental. Colaboração premiada. Compartilhamento requerido pela Receita Federal. Indeferimento. Ilegitimidade para recorrer do Ministério Público Federal. Não conhecimento. 1. Não se conhece, por ausência de legitimidade e de interesse, o recurso interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que indefere pedido de compartilhamento da colaboração premiada formulado pela Receita Federal do Brasil, para instruir procedimento administrativo fiscal. 2. Agravo regimental não conhecido.

Após, o agravado interpôs o Recurso Especial (fls. 1.674/1.703), cujas razões, sustentou violado os seguintes dispositivos legais:

a) artigos 4º, §§ 2º, 4º, 5º e 6º, da Lei n. 12.850/2013, artigo 577 do Código de Processo Penal, artigo 178, inciso I c/c o artigo 996 do Código de Processo Civil, ao manter o indeferimento de “(...) *compartilhamento de provas obtidas em*

sede de acordo de colaboração premiada formalizado pela Polícia Federal.” (fl. 1.681). Pleiteou, pois, o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público Federal para assegurar a titularidade da ação penal e interesse público da autoridade fazendária e *b)* artigos 4º, §§ 2º, 4º, 5º e 6º, da Lei n. 12.850/2013, bem como o artigo 100, § 1º, do Código Penal e artigos 138 e 180 do Código Tributário Nacional, “(...) *ao possibilitar que o acordo de colaboração premiada formalizado pela Polícia Federal extrapole as atribuições da autoridade policial e repercuta no exercício da titularidade da ação penal e nas hipóteses de isenção de responsabilidade e anistia tributárias.*” (fl. 1.688). Pretendeu o reconhecimento do interesse processual do Ministério Público Federal sobre o compartilhamento de Colaboração Premiada, em relação à Receita Federal, e seus efeitos.

Na decisão agravada, de minha relatoria, *dei provimento do Recurso Especial*, a fim de determinar o retorno dos autos a origem, para análise do recurso ministerial como entender de direito.

No presente Agravo Regimental (fls. 1.917/1.928), a Defesa acentua que o recurso ministerial “(...) *não deve ser apreciado por essa distinta Corte Superior porque a pretensão contida no referido pleito, ao contrário do que concluiu a decisão monocrática, não atende aos pressupostos processuais básicos da legitimidade (II.1) e do interesse de agir (II.2).*” (fl. 1.920).

Obtempera que “(...) *por não ter sido o MPF o autor do inicial pedido de compartilhamento de provas, não poderia ele próprio ter aviado o recurso em questão, fazendo as vezes e atropelando a vontade processual da real autora do pedido denegado, que era a Receita Federal; sobretudo quando essa mesma Receita Federal deixa deliberadamente de recorrer da decisão que indeferiu o seu pleito originário. Com isto, já de antemão, é possível verificar a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal no presente caso, a qual é aqui constatável e confirmada por quatro razões.*” (fl. 1.920).

Acrescenta, no ponto, que: *i)* “(...) *a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal no presente caso porque tal ente é titular da “ação penal”, mas não dos “procedimentos administrativos disciplinares” fiscais que serão eventualmente instaurados pela Fazenda Pública a partir do pleiteado compartilhamento de provas, caso este seja deferido.*” (fl. 1.921); *ii)* “(...) *a ilegitimidade recursal do MPF no caso em tela porque o recurso penal é voluntário (art. 574, do CPP), sendo inadmissível a interposição “da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão” (art. 577, parágrafo único), já que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio” (art. 18, do CPC, c/c art. 3º do CPP).*” (fl. 1.921); *iii)* “(...) *o Parquet seria*

parte ilegítima para aviar o Recurso Especial neste caso porque sobre sua insurgência já se operaram os institutos da preclusão lógica e consumativa, uma vez que a parte que efetivamente detinha o poder para recorrer do decisum do TRF-4 – isto é, a parte que formulou o pedido original (Receita Federal) – essa Autarquia deixou de impugnar a decisão que lhe interessava e que havia indeferido a sua pretensão inicial” (fl. 1.921); iv) “(...) ainda que a União Federativa possa ser representada por mais de uma pessoa jurídica de direito público de função independente (tal como são o MPF e a Receita Federal), esta é – por definição – um ente uno, indivisível e indissolúvel, de modo que não seria possível comportar a um só tempo duas posições processuais distintas.” (fl. 1.922).

Assevera, também, que “(...) ao contrário do que sustenta a decisão monocrática, não há desrespeito aos dispositivos legais que versam acerca da atuação do Ministério Público (arts. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei n. 12.850, art. 577 do CPP, art. 100, CP e arts. 178, inciso I c/c 996, do CPC); o que há, por outro lado, é a mera observância aos requisitos de admissão recursal e à regra dos institutos da preclusão lógica e consumativa.” (fl. 1.923).

Afirma que “(...) ainda que o Ministério Público Federal cumule as funções de parte (*dominus litis*) e de fiscal da Lei (*custos legis*), tais papéis não lhe permitem atuar de toda e qualquer maneira, chegando inclusive ao ponto de exercer o direito recursal voluntário em nome de outrem, que seria plenamente apto a assim fazer, caso desejasse.” (fl. 1.924).

Outrossim, sustenta que “(...) o recurso em questão também não poderia ter sido conhecido – independentemente se ele fosse postulado pelo MPF ou pela Receita Federal – porque o objeto imediato de tal insurgência não traz qualquer benefício prático que possa ser alcançado pelo recorrente (o ilegítimo MPF ou ainda que fosse a Receita Federal).” (fl. 1.925).

No ponto, informa que “(...) não há utilidade no Recurso Especial do Ministério Público Federal pois a 11ª Cláusula do Acordo de Colaboração Premiada de **Antônio Palocci** é clara ao dizer que eventuais provas obtidas em razão da cooperação do ora Agravante poder-se-iam ser compartilhadas, **desde que – e tão somente se – observados os limites e o escopo penal de seu acordo, sem ultrapassar dessa esfera; sendo inviável, portanto, a utilização de tais provas para fins extrapenais, tal como é a atividade fiscal.**” (fl. 1.926).

Com essas considerações, requer “(...) que a decisão monocrática proferida neste Recurso Especial interposto pelo Ministério Público Federal seja reformada com a consequente inadmissão da pretensão recursal originária.” (fl. 1.927).

O Ministério Público Federal opinou pelo *desprovemento* do Agravo Regimental (fls. 1.943/1.950).

Por manter a decisão ora agravada, trago o feito ao colegiado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): O presente recurso *não merece provimento*.

Como se sabe, o Agravo Regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento firmado anteriormente, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

Nesse compasso, não obstante o teor das razões suscitadas nesta via recursal, não vislumbro elementos hábeis a alterar a decisão de fls. 1.900/1.913. Ao contrário, os argumentos ali externados merecem ser ratificados por este eg. Colegiado Julgador.

Pois bem. Extrai-se dos autos que o ora agravante pretende manter o não conhecimento da insurgência ministerial por ilegitimidade ativa, bem como pela ausência de interesse de agir do Ministério Público Federal para representar judicialmente a Receita Federal do Brasil contra indeferimento do pleito de compartilhamento da colaboração premiada para instruir procedimento administrativo fiscal e, também, por falta de utilidade do objeto recursal.

Contudo, no presente caso, ao não vislumbrar a ilegitimidade ou a ausência de interesse recursal do órgão ministerial, dei provimento ao Apelo Nobre a fim de determinar o retorno dos autos a origem, para análise do recurso ministerial como entender de direito, em razão dos seguintes fundamentos da decisão agravada (fls. 1.903/1.912, destaquei):

*“Conforme relatado, busca o ora recorrente, em síntese, a reforma do julgado, para que se reconheça a **legitimidade ativa e o interesse recursal** do Ministério Público Federal para que possa pleitear o compartilhamento de provas que instruiriam procedimentos administrativos fiscais. Para tanto, aponta a contrariedade do acórdão recorrido aos artigos 4º, §§ 2º, 4º, 5º e 6º, da Lei n. 12.850/2013, artigo 577 do Código de Processo Penal, artigo 178, inciso I c/c o artigo 996 do Código de Processo Civil, bem como o artigo 100, § 1º, do Código Penal e artigos 138 e 180 do Código Tributário Nacional.*

Para melhor delimitar a presente quaestio, trago à baila os fundamentos lançados no v. acórdão vergastado, in verbis (fls. 1.846/1.857, destaquei):

2. No que diz respeito ao julgamento de mérito do agravo regimental interposto nesta Corte e do recurso especial em epígrafe, informo que a discussão diz respeito à **legitimidade do Ministério Público Federal em impugnar decisão deste Relator, pela qual foi indeferido compartilhamento da colaboração de ANTÔNIO PALOCCI FILHO com a Receita Federal do Brasil, com a finalidade de usá-la para lançamento de crédito tributário.**

Em 08/08/2018, a Receita Federal do Brasil requereu o compartilhamento de peças objetivando o acréscimo de elementos probantes “para uso como elementos probantes de lançamento de ofício de crédito tributário” (evento 67 - OFIC1 e OFIC_C2). Na ocasião, o pedido foi indeferido pela Juíza Federal Bianca Georgia Cruz Arenhardt nos seguintes termos (evento 69):

[...]

Em 30/10/2018, novo pedido foi protocolado pela Receita Federal do Brasil, reafirmando os termos do requerimento anterior (evento 103 - OFIC1 e OFIC2). Em decisão lançada no evento 105, não conheci do pedido, com os seguintes fundamentos:

[...]

Novo pedido foi protocolado pela Receita Federal do Brasil em 17/05/2019 (evento 160). Na ocasião, determinei a intimação da defesa do colaborador para manifestação e posterior remessa ao Ministério Público Federal para parecer (evento 161).

A defesa se manifestou contrariamente ao compartilhamento dos termos do acordo de colaboração com a Receita. Subsidiariamente, postula que o “**disposto na cláusula 11 do acordo seja respeitado pela Receita Federal, em especial com relação ao reconhecimento dos efeitos e dos limites do pacto de cooperação**” (evento 174).

[...]

Em resposta ao requerido pela defesa de **Antonio Palocci, a Receita Federal informou a inviabilidade de extensão, ao campo de isenção tributária, dos benefícios obtidos pelo contribuinte no acordo de colaboração premiada, que atinge apenas o âmbito penal** (evento 180). Ao final, proferi decisão indeferitória do pedido nas seguintes letras (evento 182 - DESPADEC1):

[...]

Em face de tal decisão, foram a defesa e o Ministério (sic) Público Federal intimados nos autos (eventos 188 e 189) e requerente Receita Federal do Brasil por meio do Ofício n. 40001367205 (em 23/09/2019).

Apenas o Ministério Público Federal recorreu, por meio da interposição de agravo regimental, postulando fosse deferido compartilhamento da colaboração premiada em razão da existência de indicativos de crimes de sonegação praticados pelo coautor (evento 199 - AGR-REG-PENAL1). (sic)

Em sessão realizada em 19/02/2020, a 8ª Turma deste Regional, por maioria, não conheceu do agravo regimental por ilegitimidade da parte recorrente. Segue assim lançado o voto condutor:

[...]

1. De início, importa frisar que não se desconhece os precedentes de autorização de compartilhamento dos termos de colaboração e tampouco se nega a relevância do intento, bem como a necessidade de colaboração interinstitucional entre órgãos de repressão.

No entanto, não verifico, na hipótese dos autos, a possibilidade de deferimento do pedido.

2. Primeiramente, insta destacar que **a Receita Federal baseia seu pedido no fundamento de que “a produção de provas nos procedimentos criminais resulta em consequências com repercussão além da esfera penal. Assim, os fatos delatados e suas consequências afetam o interesse público tutelado por outros órgãos de Estado. Neste sentido a restrição do compartilhamento de provas afeta a ação da RFB na defesa do interesse público do dever de arrecadar os tributos que servem para sustento do próprio Estado brasileiro”.**

Deve-se destacar que, como já pacificado na doutrina e na jurisprudência, **o acordo de colaboração premiada não é prova, mas sim meio de obtenção de prova.**

De tal natureza impõe-se consignar que, **no âmbito criminal, as declarações do colaborador, por si só, não possuem valor probatório se não forem revestidas por elementos de corroboração.** Tanto é assim que o art. 4º, § 16 da Lei de Combate às Organizações Criminosas estabelece que ‘nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador’. Na mesma linha, não se pode olvidar que nem mesmo a confissão do réu isoladamente - isto é, sem que seja confrontada com elementos probatórios colhidos no curso da ação penal-, tem aptidão para sustentar um decreto condenatório.

Dessa forma, **não há como conferir aos termos de colaboração a qualidade de “prova”, na linha do que pretende a autoridade fazendária e como se depreende das razões lançadas no pedido de compartilhamento.**

Ressalte-se:

A colaboração premiada é, em apertada síntese, instituto de natureza criminal que, em um estágio mais avançado, com a aferição de eficácia do auxílio prestado e o estabelecimento da contrapartida em benefícios, assume papel de negócio jurídico processual de interesse das partes acordantes, sob o crivo da autoridade judicial.

Nessa estreita perspectiva e ainda que legítima a pretensão, a necessidade de constituição do crédito tributário não tem aptidão para modificar a natureza jurídica do acordo de colaboração, notadamente porque, no caso, estão ainda insuficientemente qualificadas as ditas declarações como prova.

Refiro, por oportuno e porém, que a resistência do contribuinte de prestar informações no âmbito fiscal decorre de sua exclusiva responsabilidade e/ou de eventual orientação de seus representantes legais, não tendo resguardo no presente acordo de colaboração premiada.

3. Ademais, **o afirmado pela Receita no evento 180, reforça a impossibilidade de compartilhamento na hipótese.** Das informações trazidas pelo órgão destaco:

O pagamento dos tributos não recolhidos no vencimento e enquanto o contribuinte que tenha colaborado com as investigações não estiver submetido a procedimento fiscal, estará sujeito apenas à multa de mora de até 20% (art. 61 da Lei n. 9.430/1996), como qualquer outro contribuinte. Tal situação é relevante, pois não se vislumbra no ordenamento jurídico qualquer impedimento para aqueles que eventualmente submetam-se ao regime especial de colaboração premiada declarem espontaneamente a renda omitida ao Fisco e recolham os tributos devidos.

Nas hipóteses em que não houver o recolhimento do tributo devido e, iniciado procedimento fiscal, os contribuintes estarão sujeitos ao lançamento de ofício pelo Auditor-Fiscal da RFB, com multas de ofício que podem variar entre 75% ou 150%, nos casos em que for caracterizada sonegação, fraude ou conluio (art. 44, I e § 19 da Lei n. 9.430/1996).

As penalidades tributárias são prescritas em lei pela não declaração dos tributos (lançamento por homologação), e proporcionais aos tributos sonegados. Além disso, as hipóteses de incidência tributária estão previstas na Constituição Federal, regulamentadas em norma geral complementar à CF (Lei n. 5.172/1996 - Código Tributário Nacional) e instituídas por lei, devendo ser constituídas mediante atividade vinculada praticada pelo Auditor Fiscal da RFB, no caso dos tributos federais.

Dessa forma, o pagamento de tributos não se constitui em direito disponível que possa ser excluído de alguma forma do conjunto de obrigações que todos devem cumprir, inclusive por aquele contribuinte que, eventualmente, participe de colaboração premiada. Em outras palavras, não há hipótese legal que dispense o colaborador premiado do cumprimento das obrigações tributárias.

Assim, concluímos que eventuais benefícios obtidos pelos contribuintes em acordos celebrados com a Justiça, Ministério Público Federal e ou Polícia Federal, em matéria penal, não produzem efeitos em relação à obrigação tributária desses mesmos contribuintes, pois os benefícios previstos na Lei n. 12.850/2013 alcançam apenas o campo penal e o campo de isenção tributária é possível apenas mediante criação por lei específica.

Da análise do acordo, verifica-se que na cláusula 11ª consta, expressamente, **a previsão de compartilhamento dos temas, desde que as instituições a requerer a prova reconheçam a existência, a relevância, os efeitos e os limites do acordo.** A referida cláusula está assim está redigida (grifei):

V - Validade da Prova

Cláusula 11ª - A prova obtida mediante o presente acordo de colaboração premiada, após devidamente homologada, será utilizada validamente para a instrução de inquéritos policiais, procedimentos administrativos criminais, ações penais, ações cíveis e de improbidade administrativa e inquéritos civis, **podendo ser emprestada** também a outras unidades da **Polícia Federal** e outros órgãos públicos também indicados pela **Polícia Federal**, a exemplo de Ministério Público Federal, para procedimentos próprios, ao Ministério Público dos Estados, **à Receita Federal**, à Procuradoria da Fazenda Nacional, ao Banco Central do Brasil e a outros órgãos, **desde que tais instituições reconheçam a existência, a relevância, os efeitos e os limites do presente acordo.**

Tratando-se de ato negocial, espera-se o cumprimento recíproco de ambas as partes.

Considerando-se que (i) **o colaborador concordou com o empréstimo das provas a outros órgãos, desde que esses reconhecessem “a existência, a relevância, os efeitos e os limites do acordo”,** e (ii) **a afirmação categórica da Receita Federal no sentido de que quaisquer benesses concedidas no âmbito penal não se estenderiam ao campo tributário,** não se mostra possível o pretendido compartilhamento.

O empréstimo, nos termos em que postulado, **não é compatível com os termos acordados e o seu deferimento acabaria por impor ao juízo da homologação uma compactuação com a quebra da confiança depositada pelas partes ao realizarem o referido ato.**

Ante o exposto, indefiro do pedido.

Nada obstante os argumentos lançados na impugnação manejada pelo Ministério Público Federal, tenho que o agravo regimental não merece ser conhecido por ilegitimidade de parte.

Vê-se que o compartilhamento de provas de provas foi indeferido sem que a própria Receita Federal – esta sim, legítima interessada – até o momento a decisão monocrática.

*A par disso, convém destacar que, ao contrário do que sustenta o Ministério Público Federal, **inexiste na decisão ora impugnada – ou nas decisões anteriores – qualquer indicação de vedação à instauração de processo administrativo fiscal ou,***

menos ainda, proibição de que o órgão de acusação ofereça denúncia em desfavor do colaborador.

A afirmação, à evidência, é absolutamente dissociada da realidade dos autos e da compreensão dos termos da decisão ora impugnada.

Ora, nem mesmo a Nota Cofis/Diaud n. 82, de 26/07/2019 segue pela ótica da ausência de vinculação de terceiros que não participaram do acordo, limitando-se a referir que eventuais benefícios fiscais possuem previsão legal.

3. Sob a mesma ótica legal, repita-se – com já afirmado em várias oportunidades – que a colaboração premiada, por si só, não é prova, mas apenas meio para a sua obtenção. Assim, ainda que deferido o compartilhamento, de tal natureza não é possível o distanciamento, de modo que a utilização de declarações como meio probante na esfera fiscal, contrapõe-se à natureza do instituto fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

Afora essas considerações já indicadas na decisão impugnada em outras anteriores, o Ministério Público Federal não possui legitimidade para pleitear o compartilhamento dos meios de obtenção de provas em nome de terceiro.”

De sua vez, no voto-vista, da lavra do Desembargador Federal Leandro Paulsen, vencido no ponto, constou a seguinte fundamentação (fls. 1.858/1.859. grifei):

2. Da ilegitimidade do Ministério Público Federal. O art. 178, do Código de Processo Civil dispõe que o Ministério Público Federal deverá intervir, **como fiscal da ordem jurídica**, nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal. A mesma norma aponta, exemplificativamente, que tal intervenção se faz necessária nos casos em que há interesse público ou social, interesse de incapaz ou litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. Foi analisando os fins pretendidos por tal regra que **o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou afirmando que o Ministério Público detém legitimidade para, em sede criminal, questionar temas que ultrapassem a simples imposição de penas aos acusados, pois sua função primordial é a manutenção da higidez do processo penal, ante a necessidade de busca da verdade real** (AgRg no AREsp 1.320.743/MR, 5ª T., Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, set/19).

A afirmação feita pelo órgão julgador encontra amplo amparo na Constituição Federal, a qual atribuiu ao Ministério Público Federal a titularidade da ação penal pública (art. 129, inciso I), bem como o dever de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (art. 129, inciso II). **O MPF integra a estrutura da União e, portanto,**

ostenta legitimidade para questionar decisões judiciais que tenham o potencial de trazer prejuízo ao interesse público, o qual, eventualmente, pode estar correlacionado à Fazenda Pública. É por tal razão que o mesmo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do AgRg no REsp 1.541.802/SC, relatado pelo Min. Sebastião Reis Júnior, pontuou que **o Ministério Público é órgão que integra a estrutura do Estado, sendo o responsável, dentre outras funções, pela persecução penal. O Estado, portanto, é parte integrante da ação penal pública, sendo que a atuação do parquet, inclusive, vincula a Fazenda Pública.**

Na hipótese dos autos, entendo que **o potencial prejuízo ao interesse público está consubstanciado na negativa ao pleito formulado pela Receita Federal do Brasil de acesso ao acordo de colaboração celebrado entre ANTÔNIO PALOCCI e Polícia Federal.** Trata-se de relato feito por ex-Ministro de Estado acerca de supostas movimentações financeiras espúrias geradoras de severa lesão aos cofres públicos. **As informações podem servir de ponto de partida para que as autoridades que representam os interesses da Fazenda Pública consigam identificar tais transgressões e, assim, realizar os necessários lançamentos tributários e execuções fiscais.** Destarte, penso que não há como se negar legitimidade recursal ao Ministério Público Federal. O que se deve discutir neste feito, e isso configura uma segunda questão, é a possibilidade ou impossibilidade de atendimento do pleito de acesso aqui formulado.

2. Os acordos de colaboração premiada não podem dispor sobre os efeitos tributários dos fatos que venham a ser revelados pelos colaboradores. Não há legitimidade da Polícia Judiciária nem do Ministério Público para disporem sobre isso.

A lei, **ao dispor sobre os acordos de colaboração premiada, não prevê qualquer tipo de remissão ou de anistia tributárias.** O colaborador, diga-se, negocia benefícios em face de possíveis consequências penais das condutas por ele praticadas. Não tem como afastar, no acordo, as eventuais e possíveis consequências tributárias.

Ademais, as autoridades públicas devem colaborar, elas próprias, entre si. O Código Tributário Nacional **estabelece o amplo acesso da fiscalização (sic) tributária a elementos que possam revelar fatos econômicos objeto de tributação,** dizendo, inclusive, da possibilidade de o Fisco officinar a pessoas privadas para que facultem acesso à informação de que disponha. É o que se vê a partir do seu art. 195 e seguintes. De outro lado, o art. 198 do CTN determina que **as autoridades fiscais mantenham o sigilo quanto à situação econômica ou financeira dos sujeitos passivo fiscalizados e sobre a natureza e o estado das suas atividades.** O sigilo, diga-se, não impede o intercâmbio de informação sigilosa no âmbito da Administração Pública, devendo ser feito com as cautelas para a sua preservação.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao Agravo Regimental para **determinar que seja dado amplo acesso, à Receita Federal do Brasil, ao acordo de colaboração premiada e todos os documentos (sic) que lhe dizem respeito ou que decorram dele,** com as cautelas para a preservação do sigilo.

De início, convém salientar que a possibilidade de compartilhamento de informações constantes dos acordos firmados é amplamente aceita na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

A propósito:

Processo Civil. Improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Presença do fumus boni iuris. Comprovação de efetiva dilapidação patrimonial. Desnecessidade. Periculum in mora presumido. Matéria fático-probatória. Incidência da Súmula 7/STJ. Súmula 83/STJ. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Omissão. Inexistência. Não ofende o princípio do juiz natural a criação de vara especializada. Legitimidade passiva. Reconhecimento pelo Tribunal de origem. Matéria fático-probatória. Incidência da Súmula 7/STJ. Depoimento. Delação premiada. Recurso especial não provido. Histórico da demanda [...] Legitimidade passiva 12. Por fim, quanto à alegação de ilicitude dos depoimentos em delação premiada, como bem esclareceram a Corte Regional e o Parquet Federal no seu parecer, “o Pretório Excelso autorizou o compartilhamento do depoimento e provas nos autos do Inquérito 3.842, mediante solicitação do Ministério Público” (fls. 1.003-1.004, grifo acrescentado). 13. Recurso Especial não provido.” (REsp 1.653.591/MT, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 30/06/2017).

No mesmo sentido, recentemente já decidiu o e. Supremo Tribunal Federal:

Agravo regimental. Petição. Colaboração premiada. Pedido de compartilhamento de termos de depoimento. Competência do órgão jurisdicional homologador. Instrução de procedimento deflagrado para apuração de atos de improbidade administrativa. Possibilidade. Insurgência desprovida. 1. **Ainda que remetidos a outros órgãos do Poder Judiciário para as apurações dos fatos declarados, remanesce competência ao juízo homologador do acordo de colaboração premiada a deliberação acerca de pretensões que envolvem o compartilhamento de termos de depoimento prestados pelo colaborador.** 2. É assente na jurisprudência desta Corte a admissibilidade, em procedimentos administrativos, de prova emprestada do processo penal (RE 810.906, Rel. Min. **Roberto Barroso**, julgado em 25.5.2015, DJe de 28.5.2015), assim como já se decidiu pela admissibilidade para o fim de subsidiar apurações de cunho disciplinar (INQ-QO 2.725, Rel. Min. **Carlos Britto**, julgado em 25.6.2008, publicado em 26.9.2008, Tribunal Pleno). 3. Havendo delimitação dos fatos, **não se verifica causa impeditiva ao compartilhamento de termos de depoimento requerido pelo Ministério Público estadual com a finalidade de investigar a prática de eventual ato de improbidade administrativa por parte de agente público.** 4. Agravo regimental desprovido. (Pet 7.065 AgR, Segunda Turma, Relator(a): Edson Fachin, Acórdão Eletrônico DJe-037 divulg 19-02-2020 public 20-02-2020).

Aduz o Parquet que o v. acórdão recorrido, ao negar o pedido formulado pela Receita Federal do Brasil, de compartilhamento do acordo celebrado entre o ex ministro da Fazenda e a Polícia Federal, impede o acesso de prova à legítimo exercício de sua função fiscalizatória.

Pois bem. Em resumo, cinge-se a questão em saber se é possível o Ministério Público Federal – na defesa do interesse público da Receita Federal de apurar infrações tributárias – pleitear o compartilhamento de meios de obtenção de provas, em razão da existência de indício de crimes de sonegação praticados pelo ora colaborador.

Da Legitimidade Ativa do Ministério Público Federal para assegurar a titularidade da ação penal e interesse público da autoridade fazendária – alegada violação aos artigos 4º, §§ 2º, 4º, 5º e 6º, da Lei n. 12.850/2013, artigo 577 do Código de Processo Penal, artigo 178, inciso I c/c o artigo 996 do Código de Processo Civil:

Tenho que é inafastável a legitimidade do Ministério Público Federal para representar a Receita Federal pelo compartilhamento das informações constantes do acordo de delação premiada, indeferido na origem, quando ficar evidenciado o interesse federal na causa, cujo objeto seja a tutela do patrimônio público.

Com efeito: Súmula 99/STJ: “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte.”

Ilustrativamente, colaciono os seguintes julgados desta e. Corte Superior de Justiça:

Recurso especial. Processual Civil. Ação civil pública. Cheque de baixo valor. Emissão. Tarifa. Cobrança. Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil. Ilegitimidade passiva. Instituições financeiras privadas. Litisconsórcio passivo facultativo. Formação. Possibilidade. Ministério Público Federal. Tutela de interesses nitidamente federais. Legitimidade ativa. Justiça Federal. Competência configurada.

[...]

*6. O Ministério Público Federal tem legitimidade para o ajuizamento de ações civis públicas sempre que ficar evidenciado o **envolvimento de interesses nitidamente federais, assim considerados em virtude dos bens e valores a que se visa tutelar.***

[...]

*9. Recursos especiais de **HSBC, Santander, Bradesco e Itaú-Unibanco** não providos. (REsp 1.573.723/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 13/12/2019, destaquei).*

Processual e Administrativo. Registro de arma de fogo. Legitimidade recursal do Ministério Público Federal. Porte e registro. Membro do Ministério Público Federal. Comprovação de capacidade técnica. Necessidade.

I - É firme o entendimento no âmbito do STJ no sentido de que **o Ministério Público tem legitimidade para recorrer nos processos em que oficiou como custos legis, ainda que se trate de controvérsia relativa a direitos individuais disponíveis e as partes estejam devidamente representadas por advogados.** Enunciado da Súmula n. 99/STJ, art. 499 do Código de Processo Civil de 1973, art. 996 do Código de Processo Civil de 2015. Precedentes do STF e do STJ. Preliminar de ilegitimidade recursal do Parquet afastada.

[...]

III - Agravo Interno improvido. (AgInt no REsp 1.606.433/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 10/03/2017, destaquei).

E também, a título de exemplo, o seguinte precedente da e. Suprema Corte:

Processo Civil. Ação civil pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Ministério Público Federal. Legitimidade ativa. Caracterização. O Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação civil pública com o objetivo de evitar lesão ao patrimônio público decorrente de contratação de serviço hospitalar privado sem procedimento licitatório. Agravo regimental desprovido. (RE 244.217 AgR, Primeira Turma, Relator(a): Eros Grau, DJ 25-11-2005 pp-00009 Ement vol-02215-03 pp-00497 RNDJ v. 6, n. 75, 2006, p. 45-46).

Dessa feita, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal a quo em desconformidade com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula n. 568/STJ, in verbis: “O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.”

Do Interesse Recursal do Ministério Público Federal para atribuir a acordo de colaboração premiada efeitos além do inquérito policial - alegado malferimento aos artigos 4º, §§ 2º, 4º, 5º e 6º, da Lei n. 12.850/2013, bem como o artigo 100, § 1º, do Código Penal e artigos 138 e 180 do Código Tributário Nacional:

No que diz respeito à apontada falta de interesse de agir do Parquet Federal, asseverou a ilustre Subprocuradora-Geral da República em seu d. parecer:

A regra é o compartilhamento entre os órgãos de fiscalização na Administração Tributária, por norma constitucional.

Não se pode afastar o interesse processual do Ministério Público Federal em tema que não se poder opor à Receita Federal compartilhamento de Acordo de

Colaboração Premiada, mesmo que haja sido – como na espécie – notificada a Receita conforme do Voto Vencedor – para se manifestar sobre o termos de Acordo.

Como – também, não pode a Receita Federal aquiescer quanto a questões tributárias constantes de Acordo de Colaboração Premiada porquanto no negócio jurídico (Acordo de Colaboração Premiada) não pode ser disposta matéria diversa daquela para o qual previsto (Lei n. 12.850/2013)

Nesse diapasão, há interesse processual da Instituição Ministério Público Federal - na espécie. (fl. 1.890).

*Segundo Silva, Geocarlos: “Anoto-se que nem sempre será possível, em abstrato, definir que o Ministério Público não poderá atuar ou intervir neste ou naquele processo. Apenas a análise do caso concreto e das circunstâncias do processo permitirá essa conclusão. Ou seja, cumpre **investigar os motivos que reclamam a presença do Ministério Público naquele caso específico. Sendo esses motivos relacionados aos interesses públicos primários e/ou sociais, legitima-se a sua presença.**” in. Silva, Geocarlos Augusto Cavalcante da. **Limites da atuação do Ministério Público nos recursos especiais repetitivos.** Revista de Direito Privado. vol. 10. ano 20. p. 221-234. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2019.*

*Logo, não vislumbro a **ilegitimidade ou ausência de interesse recursal do Ministério Público Federal para representar judicialmente a Receita Federal do Brasil contra indeferimento do pleito de compartilhamento da colaboração premiada para instruir procedimento administrativo fiscal.**”*

Ora a questão refere-se tão somente a respeito da legitimidade ativa e do interesse recursal do *Parquet* para representar judicialmente a Receita Federal do Brasil contra indeferimento do pleito de compartilhamento da colaboração premiada para instruir procedimento administrativo fiscal, que, *in casu*, foram devidamente demonstrados, motivo pelo qual foi determinado o retorno dos autos a origem, para que a e. Corte *a quo* julgue como entender de direito.

No que tange à *legitimidade ativa*: o Ministério Público tem legitimidade ativa para recorrer nos processos em que oficiou como *custos legis* e em razão de integrar a estrutura da União, já que nítido prejuízo ao interesse público, na hipótese, relacionado à Fazenda Pública.

Em relação ao *interesse de agir*: o órgão ministerial possui o concreto interesse de agir, haja vista a necessidade de proteção do patrimônio público.

À guisa de exemplos, cito os seguintes precedentes desta e. Corte Superior:

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. 1. Execução de astreintes. Superveniência de questão de ordem pública. Perícia em caso bastante semelhante. Pedido de isenção. Matéria estranha ao AREsp. Indevida inovação recursal. Ausência de prequestionamento. 2. Julgamento monocrático. Possibilidade. Arts. 34, VII, e 253 do RISTJ e art. 932 do CPC. Entendimento jurisprudencial indicado. Controle recursal utilizado. 3. Ilegitimidade do Ministério Público. Não verificação. Astreintes fixadas pelo juízo criminal. Necessidade de assegurar interesses públicos envolvidos. Art. 178, I, do CPC, c/c o art. 129, I, da CF. 4. Contrariedade aos arts. 536 e 537 do CPC efetivamente verificada. Fixação de multa cominatória. Existência de rito próprio. Impossibilidade de aplicação de rito diverso. 5. Ofensa a princípios constitucionais. Matéria que deve ser submetida ao STF. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

[...]

3. A fixação das astreintes no processo penal tem o objetivo de assegurar a necessária força imperativa das decisões judiciais, protegendo a eficiência da tutela do processo e dos interesses públicos nele envolvidos. Nessa linha de intelecção, reitero que a legitimidade do Ministério Público encontra amparo no art. 178, inciso I, do Código de Processo Civil, haja vista o interesse público afeto às ações penais públicas, cuja iniciativa lhe é privativa, nos termos do art. 129, inciso I, da Constituição Federal. Portanto, o interesse na execução das astreintes no processo penal não se limita à consequência patrimonial, mas, primordialmente, à manutenção da higidez do processo penal, ante a necessidade de busca da verdade real.

[...]

6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1.320.743/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 12/09/2019).

Agravo regimental em recurso especial. Penal. Estado de Santa Catarina. Honorários advocatícios. Legitimidade recursal caracterizada. Honorários advocatícios. Defensor dativo. Tabela da OAB. Utilização. Ofensa. Princípios e dispositivos constitucionais. Discussão. Via inadequada. Princípio da proporcionalidade. Valor de mercado. Falta de observância. Matéria fático-probatória. Súmula 7/STJ.

1. O Ministério Público de Santa Catarina é órgão que integra a estrutura do Estado-membro, sendo o responsável, dentre outras funções, pela persecução penal. O Estado, portanto, é parte integrante da ação penal pública, sendo que a atuação do Parquet inclusive vincula a Fazenda Pública.

2. Por não se tratar o Estado de Santa Catarina de terceiro prejudicado, mas de parte que já integra a lide penal, não há necessidade de demonstração do interesse jurídico previsto no art. 499, § 1º, do Código de Processo Civil, para que seja reconhecida a legitimidade do órgão responsável pela defesa da Fazenda Pública catarinense para interpor recurso contra a decisão que fixou honorários advocatícios ao advogado dativo que patrocinou a defesa, desde que restrito apenas à discussão

referente à verba honorária a ser suportada pelo Estado, sem prejuízo da legitimidade do Parquet para também se insurgir quanto ao tema.

[...]

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.541.802/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 15/10/2015).

Penal e Processual Penal. Agravo regimental no recurso especial. Legitimidade do Ministério Público para recorrer na condição de custos legis. Possibilidade. Prescrição da pretensão executória. Termo inicial.

I - O Ministério Público Federal, atuando na condição de custos legis, tem legitimidade para recorrer, ainda que também o faça o Ministério Público Estadual (ou do Distrito Federal) que atue na condição de parte.

[...]

Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 217.718/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Walter de Almeida Guilherme (Desembargador Convocado do TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Min. Felix Fischer, DJe 03/08/2015).

Deve ser mantido, portanto, o *decisum* ora recorrido, pois, de fato, encontra em consonância com o entendimento consolidado no âmbito deste Superior Tribunal, pelo que a aplicação da *Súmula n. 568/STJ* mostra-se adequada.

Como ressaltado pelo representante do *Parquet* Federal, na contraminuta:

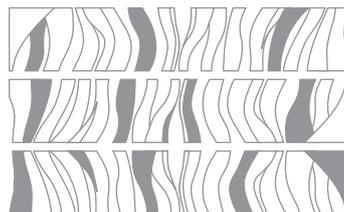
“Ao contrário do que alega o agravante, há, sim, legitimidade e interesse recursal do Ministério Público para recorrer de decisão que indefere pedido de compartilhamento de colaboração premiada formulado pela Receita Federal, a fim de instruir procedimento administrativo fiscal.

*Isso porque, de cotejo dos autos, mostra-se evidente o **interesse federal na tutela do patrimônio público**, o qual **deve ser resguardado pelo Parquet**, segundo sua **missão constitucional**, não sendo, portanto, o caso de impor empecilhos no exercício de seu mister.*

Outrossim, no exercício da função de fiscal da ordem jurídica, havendo interesse público patente na causa, como ocorre no caso em exame, o Ministério Público tem legitimidade e interesse para recorrer e velar pelos interesses caros à sociedade.” (fl. 1.948).

Desse modo, *nego provimento* ao Agravo Regimental.

É o voto.



Sexta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.
1.627.490-DF (2019/0354287-1)**

Relator: Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF
1ª Região)

Agravante: Rubem Soares Branquinho

Advogados: Cleber Lopes de Oliveira - DF015068

Marcel André Versiani Cardoso - DF017067

Rainer Serrano Rosa Barboza - DF041317

Raphael Castro Hosken - DF035614

Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Requerente: Marcos Antonio Goncalves dos Santos

Advogados: Phelipp Batista Soares (Assistência Judiciária) - DF056716

Núcleo de Prática Jurídica do Uniceub

Requerido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

EMENTA

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Impugnação genérica aos fundamentos da decisão agravada. Mera transcrição das mesmas razões do apelo nobre. Aplicação analógica da Súmula 182/STJ. Recurso improvido. *Habeas corpus* concedido de ofício. Atipicidade formal da conduta imputada. Gestão temerária. Ausência de dolo. Elementos constitutivos do tipo penal próprio. Instituições financeiras. Efeito extensivo. Corréus na mesma situação. Intimação por meio eletrônico do Núcleo de Prática Jurídica. Nulidade absoluta.

1. Ao agravante incumbe demonstrar o equívoco da decisão contra a qual se insurge, não bastando sua impugnação genérica, ou a simples repetição das mesmas razões do recurso especial. É indispensável, no recurso de agravo, que todos os óbices apontados sejam rebatidos, de maneira específica e suficientemente demonstrada. Incidência do art. 932, III, do CPC e, por analogia, da Súmula 182 do STJ. Precedentes.

2. O agravante foi condenado pelo crime descrito no art. 3º, inciso IX, da Lei 1.521, de 26/12/1951 (“gerir fraudulenta ou temerariamente

bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas e imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados”), conduta que na realidade não praticou.

3. A sociedade empresária administrada pelo agravante, Pallissander Engenharia Ltda., não se enquadra na descrição do tipo penal imputado, haja vista que se trata de uma empresa de engenharia do setor da construção civil, sem nenhuma estrutura de financiamento ou empréstimo de construções, não se perfazendo o núcleo alternativo “sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas e imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas”. Registra-se flagrante atipicidade da conduta descrita (e imputada) na denúncia e adotada pelo Tribunal de origem.

4. O Tribunal de origem entendeu que o art. 65 da Lei 4.591/1964 — que traça um tipo penal pelo qual o recorrente sequer foi denunciado — traz um conceito extensivo dos entes que poderão ser sujeitos ativos do crime contra a economia popular, e que a previsão legal enquadra o agravante como possível sujeito ativo desses crimes (contra a economia popular), estando, por via de consequência, abrigados também pela Lei 1.521/1951.

5. Ainda que a Corte de origem tenha entendido que os termos do art. 65 da Lei 4.591/64 poderiam ser utilizados como conceito extensivo (“dos entes que poderão ser sujeitos ativos do crime contra a economia popular”), bem como o seu art. 29 (voto do relator nos embargos de declaração), que não trata de crime e apenas define a figura legal do incorporador, a realidade é que tais preceitos não foram referidos na denúncia e também não foram citados na sentença condenatória, o que fere o princípio da correlação e representa combinação de leis, vedada pelos precedentes.

6. De qualquer forma, o art. 65 da Lei n. 4.591/64 dispõe que “é crime contra a economia popular promover incorporação, fazendo, em proposta, contratos, prospectos ou comunicação ao público ou aos interessados, afirmação falsa sobre a construção do condomínio, alienação das frações ideais do terreno ou sobre a construção das edificações”, mas não fora essa a conduta descrita na denúncia e imputada aos acusados.

7. Pela denúncia, “entre os anos de 2003 a 2008 os denunciados, com vontade livre e consciente e unidade de desígnios, geriram temerariamente as empresas JMartini Construtora e Incorporadora Ltda., Cidade Ambiental Ltda., Millenium Construtora e Pallissander Engenharia Ltda. em prejuízo da economia popular, ao descumprirem as cláusulas contratuais pertinentes à data em que as diversas obras deveriam ser entregues, não adimplindo com suas obrigações, nem sequer registrando a necessária incorporação imobiliária”.

8. Fosse necessário dizer algo a respeito — o recorrente não foi denunciado nem condenado pelo art. 65 da Lei 4.591/64 —, seria o caso de destacar (*ex abundantia*) que não foram indicados na sentença, ou na denúncia, elementos probatórios do dolo do agravante na prática de afirmações falsas sobre empreendimentos imobiliários, com a finalidade de ludibriar consumidores. Diversamente, tanto no édito condenatório, quanto na exordial acusatória, é descrita ação que indica a gestão temerária tipificada no art. 3º, inc. IX, da Lei n. 1.521/1951, que não se aplica ao agravante.

9. Definida a situação jurídico-penal do recorrente, condenado por fato atípico e por combinação de leis, verifica-se que a situação fático-processual dos corréus é a mesma. Nenhuma das sociedades empresárias envolvidas nas condutas apuradas — JMartini Construtora e Incorporadora Ltda., Cidade Ambiental Ltda., Millenium Construtora e Pallissander Engenharia Ltda. — é instituição financeira. Não há, também em relação a elas, nenhum elemento constitutivo do tipo penal imputado, descrito no art. 3º, IX, da Lei n. 1.521/1951.

10. Havendo claro prejuízo à ampla defesa de Marcos Antônio Gonçalves dos Santos, configurando o vício na intimação efetuada por meio eletrônico e não pessoal (aplica-se ao advogado integrante do

núcleo de prática jurídica de instituição de ensino superior o mesmo regramento que rege a Defensoria Pública, quanto à necessidade de intimação pessoal — HC 387.135/RS, Rel. Ministro *Ribeiro Dantas, Quinta Turma*, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017), impõe-se declarar sem efeito a certificação de trânsito em julgado, reabrindo-se o prazo recursal com a devida intimação pessoal da decisão que não admitiu os recursos especial e extraordinário.

11. Improvimento do agravo regimental. Concessão de *habeas corpus* de ofício para absolver o agravante Rubem Soares Braquinho da imputação de gestão temerária tipificada no art. 3º, *caput*, inciso IX, da Lei 1.521/1951 (art. 386, III - CPP). Extensão do resultado (nesse tipo) aos corréus Argemiro José Martini, Everton Luiz Augusto de Oliveira Martini, Marcos Antônio Gonçalves dos Santos, por estarem na mesma situação fático-processual daquele (art. 580 - CPP).

12. Reconhecimento da nulidade arguida pela defesa de Marcos Antônio Gonçalves dos Santos, a fim de cancelar a certificação do trânsito em julgado e determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para a reabertura do prazo para a interposição de eventual recurso contra a decisão que não admitiu os recursos especial e extraordinário, intimando-se pessoalmente o Núcleo de Prática Jurídica do Centro Universitário de Brasília.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, mas conceder a ordem de ofício, com extensão aos corréus Argemiro José Martini, Everton Luiz Augusto de Oliveira Martini e Marcos Antônio Gonçalves dos Santos, e, ainda, deferir o pedido de fls. 9.052-9.055, para reconhecer a nulidade arguida pela defesa de Marcos Antônio Gonçalves dos Santos, a fim de cancelar a certificação do trânsito em julgado (fl. 8.864) e determinar, apenas no tocante a esse último, a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para a reabertura do prazo para a interposição de eventual recurso contra a decisão que não admitiu os recursos *especial* e extraordinário, intimando-se pessoalmente o Núcleo de Prática Jurídica do Centro Universitário de Brasília, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os

Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedida a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 15 de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Presidente

Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Relator

DJe 18.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região): — Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que não conheceu do agravo em recurso especial.

Sustenta o agravante que os óbices contidos na decisão que inadmitiu o recurso especial foram impugnados, “sendo certo que a transcrição das razões do Recurso Especial configura apenas uma opção metodológica, destinada a facilitar o exame do caso, pois é sabido que o julgado ao examinar o agravo, precisa conhecer as razões do REsp” (fl. 8.979).

Assevera que “o Recurso Especial foi manejado com fundamentação múltipla e independente entre si, o que permite a análise isolada de cada tese” (fl. 8.980); e destaca que não é o caso de incidência dos óbices contidos nas Súmulas 7 e 83 do STJ, requerendo a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do recurso à Sexta Turma.

No curso do presente agravo em recurso especial, o corréu Marcos Antônio Gonçalves dos Santos apresentou a petição de fls. 9.028-9.030, na qual alega equívoco na certidão emitida à fl. 8.864, em que o Tribunal de origem certificou o trânsito em julgado da decisão que inadmitiu os seus recursos especial e extraordinário.

Argumenta ainda que, sendo representado pelo Núcleo de Assistência Jurídica Gratuita do Centro Universitário de Brasília (*Uniceub*), a intimação deveria ser pessoal, nos termos do art. 370, § 4º, do CPP, e não eletrônica como ocorreu no caso (fl. 8.863).

Pede, assim, a declaração de nulidade para determinar “a devolução dos presentes autos (apenas ao que se refere ao réu Marcos Antônio Gonçalves dos Santos) ao juízo *a quo* para que seja novamente estabelecido o prazo legal ao réu de modo que seja possibilitada a apresentação dos recursos cabíveis e posterior redistribuição por prevenção a este juízo superior” (fl. 9.029).

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios manifestou-se favoravelmente ao pleito do peticionário (fls. 9.052-9.055).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) (Relator): — A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos (fl. 8.971/8.973):

A decisão de inadmissão do recurso especial foi assim fundamentada (fl. 8.854/8.857):

Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Segunda Turma Criminal deste Tribunal de Justiça, cuja ementa é a seguinte:

Penal e Processo Penal. Apelações. Gestão temerária da sociedade empresária (e outros crimes). Enquadramento na Lei 1.521/51. Absolvição dos réus. Negado. Dolo eventual caracterizado. Mantida condenação. Preclusão *pro judicato*. Pena de multa da Lei 1.521/51 e interdição de direitos para atuar no mercado imobiliário. Mantida. Negado provimento aos pleitos.

1. O crime de gestão temerária restou configurado (além de outros delitos), uma vez que os gestores das sociedades empresárias envolvidas não souberam administrar o patrimônio que tinham em mãos, administrando, sem a responsabilidade que o ofício de gestor de patrimônio da economia popular impõe, eis que estão a gerenciar recursos de terceiros com destinações específicas, e, causando prejuízos aos consumidores que adquiriram os imóveis.

2. No caso, ocorreu a preclusão *pro judicato*, isto é, uma vez transitada em julgado a sentença de mérito (nos pontos em que não se interpôs embargos de declaração), reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor.

3. A pena de interdição de direito (prevista no artigo 6º, da Lei n. 1.521/51), qual seja, de não atuar no mercado imobiliário, é uma decorrência da condenação pelo crime previsto no artigo 3º, *caput*, segunda parte, inciso IX, da Lei n. 1.521/51.

4. A dosimetria das penas fora estabelecida em estrita obediência aos rigores da lei e da jurisprudência.

5. Negado provimento aos recursos.

O recorrente aponta violação aos seguintes dispositivos legais:

a) *artigo 619 do Código de Processo Penal*, por negativa de prestação jurisdicional, ao argumento de que o acórdão vergastado não teria apreciado as teses defensivas;

b) *artigos 384 e 386, incisos I e III, ambos do Código de Processo Penal*, sustentando ser devida a absolvição por atipicidade da conduta, que exigiria a pluralidade de atos, tendo em vista a ausência de habitualidade;

c) *artigos 3º, inciso IX, e 6º, ambos da Lei n. 1.521/51*, defendendo a ocorrência de combinação de leis para justificar o enquadramento da empresa no rol de pessoas jurídicas sujeitas a aplicação da Lei n. 1.521/51;

d) *artigos 44, 59 e 77, todos do Código Penal*, asseverando ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto seria a medida adequada. Pugna pelo redimensionamento da pena de interdição de direitos.

II - O recurso é tempestivo, as partes são legítimas e está presente o interesse em recorrer.

Examinando os pressupostos constitucionais de admissibilidade, verifíco que o recurso especial *não merece subir em relação à mencionada contrariedade ao artigo 619 do CPP. Isso porque o STJ já assentou que “Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração, como recurso de correção, destinam-se a suprir omissão, contradição e ambiguidade ou obscuridade existente no julgado. Não se prestam, portanto, para sua revisão no caso de mero inconformismo da parte”* (EDcl no AgRg nos EREsp 1.472.191/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe 30/4/2019).

Melhor sorte não colhe o apelo lastreado na *suposta negativa de vigência aos artigos 384 e 386, incisos I e III, ambos do Código de Processo Penal, uma vez que a Corte Superior já sedimentou entendimento de que “A análise da atipicidade ou não da conduta delitiva demandaria, obrigatoriamente, revolvimento tático -probatório dos autos, inviável nesta instância recursal, por óbice do enunciado n. 7 da Súmula/STJ”* (EDcl no AREsp 855.578/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe 5/4/2019).

De igual modo, não merece trânsito o recurso no tocante à indicada transgressão aos artigos 3º, inciso IX, e 6º, ambos da Lei n. 1.521/51.

Isso porque a turma julgadora, após detida apreciação do conjunto fático-probatório dos autos, concluiu que “Não há dúvidas, portanto, que a empresa, que era dirigida por Rubem, se inclui no conceito de sociedade de vendas de imóveis a prestações. Além de construtora, a empresa Pallissander também atuava como incorporadora imobiliária e, nessa condição, vendia frações ideais dos empreendimentos que lançava, permitindo, ainda, o parcelamento do valor do imóvel. A pessoa jurídica gerida por Rubem se enquadra, portanto, no rol descrito no art. 3º da L. 1.521/51. (...) E não houve combinação de leis. O emprego do conceito estipulado em lei especial (art. 29 da L. 4.591/64) serviu apenas para situar o enquadramento legal da empresa gerida por Rubem na norma penal incriminadora (art. 3º, IX, da L. 1.521/51). A interpretação sistemática de normas jurídicas, visando evitar contradição e permitir a interpretação coerente entre a norma e o ordenamento jurídico, não foi utilizada para agravar situação do réu” (fl. 7.568).

Infirmar fundamentos dessa natureza, como pretende o recorrente, é providência que encontra óbice no enunciado 7 da Súmula do STJ.

O mesmo enunciado sumular incide quanto à alegação de malferimento aos artigos 44, 59 e 77, todos do Código Penal, uma vez que, para que o Superior Tribunal de Justiça pudesse apreciar a tese recursal, nos moldes propostos pelo recorrente, necessário seria o reexame de questões fático-probatórias do caso concreto, o que desborda dos limites do recurso especial, a teor do enunciado 7 da Súmula do STJ.

III - Ante o exposto, *inadmito* o recurso especial.

Como se observa, não foi admitido o recurso especial quanto à violação ao art. 619, CPP, conforme a jurisprudência do STJ, em razão de não ser admitido embargos de declaração para rediscussão da causa diante do mero inconformismo da parte. Quanto à alegada violação aos artigos 384 e 386, incisos I e III, ambos do Código de Processo Penal, constou da decisão o obstáculo da Súm. 7/STJ, também nos termos da jurisprudência da Corte, já que é inviável o manejo do apelo nobre para análise da atipicidade ou não da conduta delitiva por demandar revolvimento fático-probatório. Já em relação à violação aos artigos 3º, inciso IX, e 6º, ambos da Lei n. 1.521/51, também restou inadmitido o recurso especial com base na Súm. 7/STJ, destacando que o colegiado local compreendeu que a empresa gerida pelo recorrente se incluía no conceito de “sociedade de vendas de imóveis a prestações”, e assim enquadrada no art. 3º da L. 1.521/51. Por fim, restou consignado que a pretensão reconhecimento de violação aos artigos 44, 59 e 77, todos do Código Penal, nos moldes propostos pelo recorrente implicaria em reexame de questões fático-probatórias, o que é vedado pela Súm. 7/STJ.

Nas razões do agravo, foram transcritas integralmente todas as razões do recurso especial, acrescidas de pequenos acréscimos de mero reforço argumentativo e infirmações simples e genéricas dos óbices constantes da decisão agravada.

Assim, o presente recurso não merece conhecimento, já que o não enfrentamento efetivo dos fundamentos da decisão combatida, ou mesmo infirmações genéricas, não são aptas ao processamento de qualquer recurso, nos termos da limitação constante do art. 932, III, CPC de 2015, e da Súmula 182 do STJ. Nesse sentido:

Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Razões do agravo que não impugnam, especificamente, todos os fundamentos da decisão que não admitiu o recurso especial. Impugnação genérica. Insuficiência. Art. 932, III, do CPC/2015 e Súmula 182/STJ, por analogia. Agravo interno não provido.

[...] IV. *“Para afastar a incidência da Súmula 182/STJ, não basta que o recorrente tenha explicitado, de maneira genérica, a desnecessidade do reexame das provas dos autos para a análise da tese suscitada no apelo nobre. Faz-se necessário que o agravante, analiticamente, contraste as conclusões do acórdão combatido com os fundamentos da decisão de inadmissibilidade do recurso especial, demonstrando que, na situação dos autos, a Súmula 7/STJ foi aplicada indevidamente”* (STJ, AgInt no AREsp 1.160.579/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 11/04/2018).

V. Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 1.231.381/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 08/11/2018, DJe 16/11/2018.)

Ante o exposto, não conheço do agravo em recurso especial.

Do excerto, observa-se que a decisão agravada não conheceu do agravo defensivo, porque não atacados especificamente os fundamentos do *decisum* que inadmitira o recurso especial na origem — (i) não cabimento de ofensa do art. 619 do CPP como mero inconformismo; (ii) incidência da Súmula 7/STJ no tocante à tese de atipicidade da conduta; (iii) incidência da Súmula 7/STJ quanto à violação dos arts. 3º, IX, e 6º, da Lei n. 1.521/51; e (iv) incidência da Súmula 7/STJ no tocante aos artigos 44, 59 e 77, do Código Penal.

A despeito disso, as razões do agravo se restringem a transcrever integralmente as razões do especial, com pequenos reforços argumentativos em face dos óbices apontados.

Conforme salientado na decisão ora combatida, ao recorrente incumbe demonstrar o equívoco da decisão em face da qual se insurge, sendo imprescindível que impugne especificamente todos os óbices por ela apontados, o que não ocorreu, sendo incabível a admissão parcial. A propósito:

Processual Penal. Agravo regimental nos embargos declaratórios no agravo em recurso especial. Decisão de admissibilidade negativa. Fundamentos. Ausência de impugnação. Súmula 182/STJ. Incidência confirmada. Agravo improvido.

1. A ausência de impugnação de todos os fundamentos da decisão que inadmitiu o recurso especial obsta o conhecimento do agravo, nos termos do art. 932, III, CPC de 2015, art. 253, parágrafo único, I, do RISTJ e da Súmula 182 do STJ, aplicável por analogia.

2. Agravo regimental improvido (AgRg nos EDcl no AREsp 1.199.706/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 15/05/2018, DJe 24/05/2018).

2. A despeito da não satisfação da admissibilidade, extrai-se dos autos que o agravante foi condenado a 6 anos de detenção, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 3º, *caput*, e segunda figura do inciso IX, da Lei 1.521/1951 (gestão temerária).

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso de apelação da defesa, e reduziu a pena para 3 anos e 6 meses de detenção, em regime aberto, mas manteve a condenação, nos seguintes termos do voto condutor (fls. 8.007-8.028):

[...]

E, nesse passo, percebe-se que a fundamentação está correta. O fato de ter formado seu convencimento, também com base no interrogatório do réu não o faz ser nulo. A magistrada, analisando todo contexto fático-probatório produzido nos autos, se mostrou satisfeita com as provas, de acordo com o seu livre convencimento motivado, e condenou o recorrente. A questão da análise das provas será feita linhas abaixo, quando da análise do mérito recursal do recorrente. Portanto, rejeito tal preliminar.

Por fim, em sua última preliminar afirma que a PALISSANDER não se enquadra no rol de pessoas jurídicas elencado no inciso IX, do artigo 3º, da Lei 1.521/51.

Sem razão a Defesa.

O artigo 65 da Lei 4.591/64 traz um conceito extensivo dos entes que poderão ser sujeitos ativos do crime contra a economia popular, nos seguintes termos:

Art. 65. É crime contra a economia popular promover incorporação, fazendo em proposta, contratos, prospectos ou comunicação ao público ou aos interessados, afirmação falsa sobre a construção do condomínio, alienação das frações ideais do terreno ou sobre a construção das edificações.

[...]

§ 2º O julgamento destes crimes será de competência de Juízo singular, aplicando-se os artigos 5º, 6º e 7º da Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951.

Portanto, rejeito tal preliminar, em razão da evidente tipicidade formal da Palissander, uma vez que a previsão legal a enquadra como possível sujeito ativo dos crimes contra a economia popular, e, via de conseqüência, estão abrigadas também pela Lei 1.521/51.

Passo à análise do mérito.

A Defesa de Rubem Branquinho, em certa medida, repete os argumentos dos outros corréus acerca da não caracterização do dolo, e sim descrição na denúncia como crime culposo, requerendo a absolvição do recorrente pela prática do crime de gestão temerária, aduzindo, entre preliminares e mérito fls. 5.877, 5.881/5.884 e 5.886):

[...]

Sem razão a Defesa.

As provas da materialidade dos crimes perpetrados pelo recorrente são evidentes e estão bem detalhadas na denúncia ofertada pelo Ministério Público, que anexou documentos comprobatórios de como se desenrolou todo o evento criminoso.

A autoria também se evidencia nas provas coligidas aos autos.

A magistrada, na sentença, bem explanou o desenrolar do evento criminoso, da qual extraio excertos para a devida compreensão:

[...]

Do crime de gestão temerária do réu Rubem

O contexto probatório é rico e detalhado, Rubem, por meio de uma parceria, com a recém criada sociedade empresária JMartini, passou os direitos da empresa Palissander, da qual é sócio-proprietário, com intenção de alavancar a construção dos empreendimentos e também recrudescer as vendas.

*Nesse ponto, cabe destacar que não se trata de uma mera cessão de direitos. Na verdade, Rubem, por contrato, transferiu direitos e a carteira de clientes da sua empresa, **Palissander**, para a **JMartini**. Não se pode levar em consideração que um contrato desse tipo não é personalíssimo, uma vez que Rubem é o proprietário da Palissander e efetivamente o “dono” dos empreendimentos que negociou com a JMartini.*

Nesse passo, recomendado por uma das sócias da Recol, onde Argemiro havia trabalhado, Rubem, de forma imprudente, realizou o negócio com Argemiro e seus filhos. Além disso, confiou em Argemiro, mesmo sabendo que ele não ostentava o nome no capital social da empresa, por ter restrições.

Às fls. 550/551 dos autos afirmaram:

[...] sem nenhuma ressalva, o contrato firmado com a Palissander será respeitado integralmente, com ênfase à observância quanto a preço, condições de pagamento, prazo final de entrega e penalidades [...]. (Grifo nosso.)

Assim, iludiu diversos consumidores, afirmando que todos os contratos seriam cumpridos, sendo irresponsável na gestão de um negócio que era seu, e, que, irresponsavelmente passou a carteira de clientes, de imóveis e de haveres de terceiros para sociedade empresária de “fachada”, mas com “recomendações”.

Frise-se, conforme ressaltado pelo próprio recorrente, que a **Palissander** e a **JMartini** firmaram **Termo de Ajustamento de Conduta n. 612** - (TAC - fls. 4.588/4.591) em relação ao empreendimento **Condomínio Verdes Brasil**, assumindo compromissos com os moradores do referido empreendimento. Porém, não cumpriram os termos do acordo. Assim, a **Palissander** assumiu compromissos com consumidores, e não cumpriu.

Nesse passo, o Ministério Público assim se manifestou sobre o tema (fl. 6.300):

[...]

Afirmaram, na sequência, que, da forma como analisado pela magistrada, tratando a Palissander como uma verdadeira instituição financeira, a Lei que deveria regulá-la seria a 7.492/86 (crime de gestão temerária, previsto no art. 4º, parágrafo único da Lei n. 7.492/86).

Aduziu, ainda, que os tipos penais da Lei 1.521/51 somente são punidos a título doloso, tornando-se, assim, penalmente irrelevante a conduta culposa.

Inicialmente, resalto que a Defesa de Rubem Branquinho fez a mesma confusão conceitual envolvendo as duas leis, pelo que torno a explicá-la para espancar qualquer dúvida.

A Lei n. 7.492/86, a chamada “Lei do Colarinho Branco”, trata de tipos penais financeiros, se destinando a punir as condutas intoleráveis, que importem em manobras lucrativas em prejuízo geral, de um número indeterminado de pessoas, mediante o aproveitamento da estrutura e organização do sistema financeiro.

Diz a Lei 7.492, de 16 de junho de 1986, em seu preâmbulo: “define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências”. (Grifo nosso)

Art. 1º. Considera-se instituição financeira, para efeito desta Lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários. Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira: I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros; II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo ainda que de forma eventual. (Grifo nosso.)

E a lei, ao tratar dos crimes contra o sistema financeiro nacional, em seu artigo 4º diz:

Art. 4º. Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único. Se a gestão é temerária: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa. (Grifo nosso)

A confusão conceitual também elaborada pela Defesa de Rubem não merece prosperar, pois o crime praticado por ele não se enquadra na tipificação de gestão fraudulenta, pois nem a Palissander, nem a JMartini se tratam de instituições financeiras e nem a ela podem ser equiparadas.

Na seqüência, alegou que o dolo não restou caracterizado. Além disso, aduziu que o Ministério Público narrou um crime culposo na denúncia.

Sem razão a Defesa.

Para reforçar o dito quando do julgamento do apelo de Argemiro, destaco o voto do Eminentíssimo Relator Des. Roberval Casemiro Belinati, quando do julgamento do Habeas Corpus n. 2012.00.2.004998-7 (fls. 5.200/5.211-v), tendo como paciente os corréus Rubem Branquinho e Silvana, in verbis:

[...] não se pode analisar isoladamente os trechos da denúncia, afastando-se de todo o seu contexto. A utilização pontual do termo “imprudentemente” e da expressão “afronta ao dever de cuidado e extensão” em uma pequena parte da extensa inicial acusatória apenas nos remete a uma forma de argumentação utilizada pelo Parquet para dar ênfase ao juízo de valor negativo por ele levado a cabo para descrever as condutas ilícitas supostamente perpetradas pelos pacientes e pelos demais denunciados. De fato, toda a extensão da peça acusatória descreve as práticas delituosas expondo com o elemento anímico do dolo, seja direto seja eventual, de modo que consta da narrativa que os pacientes agiram com vontade livre e consciente e com unidade de desígnios [...] Assim, não há falar-se em atipicidade de conduta, uma vez que a denúncia descreve a conduta classificada como gestão temerária na sua forma dolosa [J. (Grifo nosso.)

Portanto, restou caracterizado o dolo, ainda que eventual, na prática do crime de gestão temerária por parte do réu Rubem Branquinho, não havendo que se falar em crime culposo, pois quando fez um contrato de parceria com a JMartini tinha total consciência do negócio que estava encetando, mesmo assim, não se refreou, assumindo as consequências que poderiam advir de seu ato, restando nitidamente caracterizado o DOLO EVENTUAL.

A Defesa de Rubem também solicitou aplicação do princípio do in dubio pro reo. Sem razão a Defesa. Não há que se falar nesse princípio, uma vez que as provas produzidas nos autos levaram à certeza do decreto condenatório proferido.

Ao contrário do alegado pela Defesa não pairaram dúvidas no juízo de convencimento da magistrada que sentenciou. Muito pelo contrário, as provas produzidas pelo órgão acusatório, além das outras encartadas aos autos, dão conta da efetiva e real participação do recorrente nos crimes em apreço. Portanto, rejeito tal alegação, não sendo o caso de aplicação do Princípio do in dubio pro reo ao recorrente.

No mais, todas as provas produzidas na fase inquisitorial, foram confirmadas, após, na fase instrutória. Portanto, não há que se dar crédito à alegação da Defesa, de que a condenação firmou-se exclusivamente em substrato indiciário, eis que o decreto condenatório, com base no extenso quadro fático-probatório estava apto a fornecer um provimento jurisdicional dentro dos parâmetros exigidos pela lei.

[...]

Em conclusão, no essencial, todas as defesas se insurgem contra a sentença no sentido de que suas condutas não são típicas, isto é, não são criminosas perante o Direito Penal, pois, não foi propositalmente que deram causa aos fatos mencionados na Denúncia. Isto é, não agiram com “dolo”.

Embora respeite as Defesas, pois, seus argumentos também encontram apoio em doutrina, mas, a discussão sobre esta elementar que informa os tipos penais, o dolo, vem sendo estudada sobre outros aspectos.

[...]

Diante destas novas perspectivas de estudos do “dolo”, muito embora reconheçamos que a Julgadora do Conhecimento se houve com acerto em dizer que as condutas dos réus estavam animadas de “riscos”, portanto de dolo eventual, não tenho dúvidas que, se comparadas a condutas dos réus a de outros empresários do mesmo ramo e que construíram em Águas Claras, em Brasília-DF, agiram os réus é com dolo direto, pois, não tiveram limites quanto ao injusto que estavam causando a possíveis centenas de pessoas nestes cinco empreendimentos residenciais e mercantis, de onze torres de edifícios, conforme vistoria de maio de 2012, de fls. 3.632, volume XIX, somente dois deles estavam construídos e mal acabados.

A única defesa que esboçou algum traço digno de nota, no sentido de que pudesse excluir a culpabilidade dos réus, se existissem fatos e provas a este respeito, foi a de Rubem Soares Branquinho, quando abriu um pequeno parágrafo no sentido de noticiar o excesso de oferta de imóveis em Águas Claras à época destes empreendimentos. Mas, nenhuma prova há neste sentido, razão de não dispensar maior atenção.

Portanto, o logro à economia popular que estes réus causaram, sob qualquer aspecto que se possa imaginar, foi incalculável.

[...]

Na hipótese, segundo as leis de regência da matéria, os réus assumiram compromissos sob o propósito de que de atuarem com lisura, com respeito

a boa fé de mutuários ou compradores de cinco empreendimentos relativos a construção e venda de 10 (dez) blocos de apartamentos, em torno de 1.100 unidades em Águas Claras, Distrito Federal.

Ao contrário, o que se constatou, na verdade, mais tarde, é que os compradores dos imóveis estavam era diante de uma aparência de empresas construtoras, de inexistentes empreendedores, de ludibriadores de seus patrimônios.

Por que se pode atribuir estas qualificações aos réus? ***Por que eles tinham pleno conhecimento da inviabilidade de todos os empreendimentos e, mesmo assim continuarem a vender os imóveis e, de conseqüências de se apropriarem indevidamente do patrimônio dos compradores. Faltaram os réus com as responsabilidades inerentes aos negócios prometidos, com consciências e voluntariedade.***

Não vejo, como as Defesas, como se possa negar sob qualquer aspecto de que estes réus não agiram com dolo, diante das condutas já analisadas de cada um deles em suas individualidades.

[...]

Mas, um critério de avaliação das condutas destes réus, que não se pode fugir, é que ***todos eles assumiram o compromisso da construção e entrega de aproximadamente 1.100 apartamentos em Águas Claras-DF. Para saber-se se estes réus violaram ou intencionalmente este compromisso de boa-fé, é somente perguntar-lhes se agiram com retidão, de maneira certa nas suas obrigações, nas suas condutas. É somente olhar para seus rostos na ocasião em que vendiam os apartamentos; e depois olhar para seus rostos diante de um logro da economia popular, do tamanho deste! A conclusão, diante do resultado danoso, é de que estes réus foram mal intencionados na aparência de que gerenciavam um empreendimento vultuoso, quando sempre tiveram conhecimento do abismo da “quebra” em que se encontravam.*** Quem leu este volumoso processo, não tem dúvidas, de que todos os réus, sem exceção, tinham plena consciência de que não realizariam os empreendimentos.

[...]

3. Como se vê, o Tribunal de origem entendeu que o art. 65 da Lei 4.591/1964 — que traça um tipo penal pelo qual o recorrente sequer foi denunciado — traz um conceito extensivo dos entes que poderão ser sujeitos ativos do crime contra a economia popular, e que a previsão legal enquadra o agravante como possível sujeito ativo desses crimes (contra a economia popular), estando, por via de conseqüência, abrangidos também pela Lei 1.521/1951.

Para a imputação do tipo penal destacou-se apenas uma conduta empresarial, pois o agravante, por meio de uma parceria com a sociedade empresária JMartini Ltda., passou os direitos da empresa Palissander Ltda.,

da qual é sócio-proprietário, com intenção de alavancar a construção dos empreendimentos e também incrementar as vendas, porém a Corte de origem ressaltou que não se trata de uma mera cessão de direitos, na medida em que transferiu direitos e a carteira de clientes.

Consta ainda do acórdão que o agravante, de forma imprudente, realizou o negócio com o corréu Argemiro José Martini, mesmo sabendo que este não ostentava o nome no contrato social da empresa, pois tinha restrições legais. E, com essa conduta “iludiu diversos consumidores, afirmando que todos os contratos seriam cumpridos, sendo irresponsável na gestão de um negócio que era seu, e, que, irresponsavelmente passou a carteira de clientes, de imóveis e de haveres de terceiros para sociedade empresária de ‘fachada’, mas com ‘recomendações’”, não cumprindo, inclusive, o Termo de Ajustamento de Conduta n. 612, em relação ao empreendimento Condomínio Verdes Brasil, assumindo, então, compromissos com os moradores do referido empreendimento.

Verifica-se, entretanto, a flagrante atipicidade da conduta descrita na denúncia e adotada pelo TJ/DF. O art. 3º, inciso IX, da Lei n. 1.521/1951, pelo qual o recorrente foi denunciado — a imputação do art. 288 do Código Penal foi afastada pela sentença (fl. 6.191) —, tipifica a ação de “gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas e imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados”.

A sociedade empresária administrada pelo agravante não se enquadra na descrição do tipo penal a ele imputado, haja vista que se trata de uma empresa de engenharia do setor da construção civil, sem nenhuma estrutura de financiamento ou empréstimo de construções.

Ainda que o Tribunal de origem, no acórdão, tenha apontado que os termos do art. 65 da Lei 4.591/64, não citado na denúncia, poderiam ser utilizados como conceito extensivo (fl. 7.153), bem como o seu art. 29 (voto do relator nos embargos de declaração), que não trata de crime e apenas define a

figura legal do incorporador, a realidade é que tais preceitos não foram referidos na denúncia e também não foram citados na sentença condenatória, o que fere o princípio da correlação e representa combinação de leis.

De qualquer forma, o art. 65 da Lei n. 4.591/64 dispõe que “é crime contra a economia popular promover, dispõe que “é crime contra a economia popular promover incorporação, fazendo, em proposta, contratos, prospectos ou comunicação ao público ou aos interessados, afirmação falsa sobre a construção do condomínio, alienação das frações ideais do terreno ou sobre a construção das edificações”, mas não fora essa conduta que está descrita na denúncia de fls. 2-45 e imputada aos acusados.

Nela consta que, “entre os anos de 2003 a 2008 os denunciados, com vontade livre e consciente e unidade de desígnios, geriram temerariamente as empresas JMartini Construtora e Incorporadora Ltda., Cidade Ambiental Ltda., Millenium Construtora e Pallissander Engenharia Ltda. em prejuízo da economia popular, ao descumprirem as cláusulas contratuais pertinentes à data em que as diversas obras deveriam ser entregues, não adimplindo com suas obrigações, nem sequer registrando a necessária incorporação imobiliária”.

Fosse necessário dizer algo a respeito — o recorrente não foi denunciado nem condenado pelo art. 65 da Lei 4.591/64 —, seria o caso de destacar (*ex abundantia*) que não foram indicados na sentença, nem na denúncia, elementos probatórios do dolo do agravante na prática de afirmações falsas sobre empreendimentos imobiliários, com a finalidade de ludibriar consumidores.

Pelo contrário, tanto no édito condenatório, quanto na exordial acusatória, é descrita ação que indica a gestão temerária tipificada no art. 3º, IX, da Lei n. 1.521/1951, que não se aplica ao agravante, conforme o seguinte trecho da sentença (fls. 6.158-6.163):

[...]

2) Também não prospera a preliminar de atipicidade da conduta quanto ao tipo descrito no artigo 3º, da Lei 1.521/51, sendo que a matéria foi objeto de decisão por este Juízo (fls. 3.144/3.145) e também foi analisada pelo e. TJDF, em sede de *habeas corpus* (fls. 5.200/5.211).

Os fatos foram suficientemente descritos pelo Ministério Público, sendo que, especificamente quanto aos réus *Silvana* e *Rubem*, a descrição encontra-se às fls. 3/v e 4 destes autos, permitindo-lhes o amplo direito de defesa.

Dessa forma, e reportando-me às razões expendidas nas decisões anteriores, rechaço a preliminar.

3) Não há falar em ofensa a princípio da correlação, uma vez que é o Juiz quem está adstrito a observar, quando da sentença, os fatos descritos na denúncia. Se o Ministério Público tivesse descrito, em sede de alegações finais, novos fatos, o que não ocorreu na espécie, este Juízo não os levaria em consideração.

4) Por fim, não vislumbro inépcia da denúncia quanto ao crime de quadrilha; ressaltando que essa questão também já foi analisada e rejeitada por este Juízo (fls. 3.144/3.145) e pelo e. TJDFT, em sede de habeas corpus (fls. 5.200/5.211).

Como o Ministério Público descreveu diversos fatos típicos, optou por fornecer inicialmente uma visão geral dos fatos e crimes ocorridos naquele período, descrevendo, em seguida, quarenta e quatro fatos típicos, sendo que o último deles seria a formação de quadrilha, uma vez que, no entendimento do órgão acusador, os réus teriam agido em conluio, durante anos, para a perpetração dos diversos crimes narrados na denúncia, o que caracterizaria, em tese, a quadrilha.

Mais uma vez, peço vênia para reportar-me aos argumentos expendidos no v. acórdão de fls. 5.200/5.211 e rejeitar esta última preliminar.

Verifico, de ofício, que inexistem irregularidades a serem sanadas, estando presentes os pressupostos processuais, as condições da ação e a justa causa para a ação penal, pelo que passo ao exame do mérito.

1º Fato Típico - Gestão Temerária

Na dicção de Paschoal Mantecca, “a gestão temerária traduz-se pela impetuosidade com que são conduzidos os negócios, o que aumenta o risco de que as atividades empresariais terminem por causar prejuízos a terceiros, ou por malversar o dinheiro alheio empregado na sociedade infratora.” (in Crimes contra a economia popular e sua repressão, 1989:41) Alguns autores definem o agente do crime de gestão temerária como um indivíduo afoito, arriscado, cuja conduta ultrapassa os limites da prudência.

Por outro lado, não há dúvidas de que o tipo previsto no artigo 3º, IX, da Lei 1.521/51 só é punível quando a conduta é dolosa, uma vez que a legislação penal brasileira (cf. art. 18, do Código Penal) só admite a punição pela modalidade culpósa quando expressamente prevista por lei.

É bem verdade que o vocábulo “temerário” traduz, inicialmente, uma atuação culpósa, pois, caso restasse comprovada a nítida vontade de agir contra a lei, teríamos o tipo de “gestão fraudulenta”.

Desta forma, a única interpretação possível é no sentido de que o autor de crime de gestão temerária deverá ter agido motivado por dolo eventual, isto é, o indivíduo, agindo de forma impetuosa e ciente dos riscos daí decorrentes, aumenta os problemas da empresa e os prejuízos, prevendo e aceitando, portanto, o resultado criminoso.

Esta é exatamente a hipótese dos autos.

Em relação ao crime de gestão temerária, esclareço que tratarei a conduta de cada um dos réus de acordo com a ordem cronológica dos eventos.

Inicialmente, **o réu RUBEM já tinha conhecimento de que os empreendimentos imobiliários que tinha lançado, através da empresa Pallissander, vinham enfrentando dificuldades, especialmente no tocante ao baixo número de venda de unidades.**

Em seu interrogatório judicial, **o réu RUBEM reconheceu essa situação, afirmando que, em relação aos lotes 9 e 10 da quadra 102, a sua empresa Pallissander tinha feito parceria com duas cooperativas para construir nesses lotes e tiveram problemas. Afirmou que haviam sido feitas escavações profundas e grandes gastos com contenção no terreno, tinham construído alguns pavimentos; mas as adesões estavam em número bem menor do que o esperado, comprometendo os recursos para aquelas obras e acarretando a paralisação das mesmas. Disse que, quando estava estudando uma forma para resolver a situação, foi procurado por ARGEMIRO, o qual disse que teria clientes para todas as unidades, funcionários do Banco do Brasil, pertencentes à ANABB.**

RUBEM declarou que pesquisou a reputação de ARGEMIRO e teve boas informações da empresa em que ele trabalhava anteriormente (Recol).

Aqui, temos o primeiro erro do réu RUBEM. Essa tal “pesquisa” não foi minimamente aprofundada.

Primeiro porque a empresa que ARGEMIRO disse que estava criando com seus familiares (a JMartini) sequer tinha o nome dele como sócio. Essa questão, de per si, já era suficiente para incutir dúvida.

Segundo porque o próprio Argemiro declarou, em seu interrogatório judicial, que tal fato era decorrente da existência de “restrições” em seu nome. **Ora, se existiam “restrições” que impediam ARGEMIRO de figurar num contrato social de empresa, com muito mais razão essas “restrições” deveriam ter servido de óbice para que RUBEM fizesse qualquer negócio com ele, o que dirá uma transferência de um empreendimento imobiliário tão grande como aquele que estamos tratando nos autos.**

Então, resumindo, RUBEM simplesmente repassou a obra e a carteira de clientes para ARGEMIRO, que sequer era sócio da empresa JMartini, apenas com a informação da sócia da empresa Recol, que teria dado “boas referências” de ARGEMIRO.

Recebeu, em contrapartida cerca de R\$ 200.000,00 e algumas unidades nos edifícios a serem construídos.

RUBEM agiu, portanto, com evidente dolo eventual, pois conhecia, as sérias dificuldades que vinha enfrentando para manter a sanidade financeira daqueles empreendimentos e simplesmente optou por se livrar dos empreendimentos,

repassando para uma pessoa a quem não conhecia anteriormente, sem fazer uma pesquisa aprofundada sobre a situação da empresa (JMartini), mesmo sabendo que essa era uma empresa recém constituída, nem tampouco se deu ao trabalho de pesquisar a situação de crédito da pessoa física de ARGEMIRO, o qual, por sinal, apesar de se apresentar e de agir como dono da JMartini, sequer figurava no seu contrato social.

*Não se pode aceitar esse tipo de decisão empresarial de uma pessoa experiente como **Rubem!***

*Para completar, **Rubem** passou um ano acompanhando a “derrocada” da empreitada de **Argemiro**; percebendo, que o ritmo das obras tinha diminuído e tendo conhecimento de que **Argemiro** sequer havia providenciado o registro do memorial de incorporação (sendo que o prazo acordado entre eles era de 90 dias). Mesmo assim, se limitou a enviar correspondências e notificações extrajudiciais.*

*Vejam bem. Todas essas informações foram extraídas do interrogatório do próprio **Rubem!***

***Rubem** afirmou que tomou conhecimento, por intermédio de funcionários das obras, que a JMartini tinha passado o empreendimento para outra empresa, a Cidade Ambiental. Só então, procurou **Argemiro** pessoalmente. Afirmou que se reuniu com **Argemiro, Marcos Gonçalves e Everton** e que não concordava com aquelas mudanças.*

Todavia, a essa altura do campeonato, o problema já era extremamente grave e a situação nunca mais foi revertida...

*Não tenho dúvidas, portanto, da prática do crime de gestão temerária em relação a **Rubem**.*

Pelo que consta na sentença, não se verifica dolo do agente na gestão temerária, mas sim indícios de um único contrato empresarial mal realizado, que deve ser objeto de discussão na área cível, apurando-se a responsabilidade civil por danos causados aos consumidores, não havendo nenhum elemento constitutivo do crime descrito no art. 3º, IX, da Lei n. 1.521/1951, ou no art. 65 da Lei 4.591/1964 — o último dispositivo legal foi citado apenas no acórdão do Tribunal de origem —, que exigem a prática dolosa, não havendo punição por negligência, imprudência ou imperícia.

Para optar pela condenação, a sentença apenas apontou que “o réu Rubem já tinha conhecimento de que os empreendimentos imobiliários que tinha lançado, através da empresa Pallissander, vinham enfrentando dificuldades, especialmente no tocante ao baixo número de venda de unidades”; e que “a empresa que Argemiro disse que estava criando com seus familiares (a JMartini) sequer tinha o nome dele como sócio. Essa questão, de per si, já era suficiente para incutir dúvida”.

Verifica-se, que, em vez de uma aferição do conjunto probatório, para a certeza do Juízo da condenação, foi apenas realizada uma suposição, segundo a qual, “se existiam ‘restrições’ que impediam Argemiro de figurar num contrato social de empresa, com muito mais razão essas ‘restrições’ deveriam ter servido de óbice para que Rubem fizesse qualquer negócio com ele, o que dirá uma transferência de um empreendimento imobiliário tão grande como aquele que estamos tratando nos autos”.

O Tribunal de origem ainda cita, como suporte argumentativo, que “a Lei n. 7.492/86, a chamada ‘Lei do Colarinho Branco’, trata de tipos penais financeiros, se destinando a punir as condutas intoleráveis, que importem em manobras lucrativas em prejuízo geral, de um número indeterminado de pessoas, mediante o aproveitamento da estrutura e organização do sistema financeiro”, citando ainda o art. 4º desse estatuto legal, que dispõe sobre a gestão fraudulenta de instituição financeira, fazendo uma ressalva, no parágrafo único, sobre a gestão temerária, mas que não se aplica ao presente caso, pois não é objeto de imputação penal na denúncia, e também não consta na sentença, além de a empresa administrada pelo agravante não ser uma instituição financeira.

Não é válida, para a manutenção da condenação, a argumentação, segundo a qual, “restou caracterizado o dolo, ainda que eventual, na prática do crime de gestão temerária por parte do réu Rubem Branquinho, não havendo que se falar em crime culposo, pois quando fez um contrato de parceria com a JMartini tinha total consciência do negócio que estava encetando, mesmo assim, não se refreou, assumindo as consequências que poderiam advir de seu ato, restando nitidamente caracterizado o dolo eventual”.

Para a configuração da “gestão temerária” (fosse o caso), ainda que a jurisprudência desta Corte tenha firmado a compreensão de que no delito habitual impróprio ou acidentalmente habitual, entre os quais se insere o tipo penal em análise, um único ato é capaz de consumir o crime, muito embora a reiteração de atos não constitua delito autônomo, mas mero desdobramento dessa habitualidade, de modo que a reiteração não corresponde ao concurso de crimes (HC 444.389/SP, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, *Sexta Turma*, julgado em 22/09/2020, DJe 30/09/2020), não se pode vislumbrar no presente caso o dolo, pois, conforme consta da sentença e do acórdão, houve apenas uma conduta, isto é, um contrato de incorporação imobiliária com transferência de posse e domínio, garantia hipotecária e outras avenças, não sendo suficiente para a caracterização dos crimes tipificados no art. 3º, IX, da Lei 1.521/51, art. 65 da

Lei 4.591/1964 e art. 4º da Lei n. 7.492/1986 — os dois últimos citados apenas no acórdão do Tribunal de origem —, que exigem também ação dolosa, não admitindo forma culposa.

De qualquer forma, não se verifica tipicidade formal, porque o crime imputado alude à gerência fraudulenta ou temerária em relação a bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas e imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; e sociedades de economia coletiva, com as consequências de falência ou insolvência ou o não cumprimento de cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados.

Além de o direito penal classicamente e *de lege alta* ser regido pelo princípio da legalidade estrita (art. 5º, XXXIX - CF e art. 1º - CP), em face do qual as opções de julgamento da sentença e do acórdão não podem prosperar, é de se lembrar ainda que a doutrina penalista não admite a interpretação extensiva em direito penal para prejudicar o réu, devendo a integração da norma se operar mediante a analogia *in bonam partem*, em observância ao princípio da legalidade das penas.

A lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário (HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**, v. I, t.I, p. 86.; FABRETTI, Humberto Barrionuevo e SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Comentário ao Pacote Anticrime**, Ed. Atlas, 2020; LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei 13.964/19**, Ed. Jus Podium, 2020).

Podem ser citados também vários julgados desta Corte Superior que vedam a interpretação extensiva para prejudicar o réu. Nesse sentido:

Habeas corpus. Execução penal. Progressão de regime especial. Requisito contido no inciso V do § 3º do art. 112 da LEP. Organização criminosa. Existência de complemento normativo na Lei n. 12.850/2013. Impossibilidade de extensão para todas as espécies de sociedades criminosas. Princípio da taxatividade (decorrente do princípio da estrita legalidade). Vedação à interpretação extensiva *in malam partem* de normas penais. Teleologia da Lei n. 13.769/2018. O legislador, quando teve o intuito de estender para outras formas de *societas sceleris*, o fez expressamente. Constrangimento ilegal verificado. Ordem de *habeas corpus* concedida.

[...]

4. Não é legítimo que o julgador, em explícita violação ao princípio da taxatividade da lei penal, interprete extensivamente o significado de organização criminosa a fim de abranger todas as formas de *societas sceleris*. Tal proibição fica ainda mais evidente quando se trata de definir requisito que restringe direito executório implementado por lei cuja finalidade é aumentar o âmbito de proteção às crianças ou pessoas com deficiência, reconhecidamente em situação de vulnerabilidade em razão de suas genitoras ou responsáveis encontrarem-se reclusas em estabelecimentos prisionais. A teleologia da norma e a existência de complemento normativo impõem exegese restritiva e não extensiva.

5. Se a mencionada interpretação ampliativa de organização criminosa fosse legítima, também deveria ser, por exemplo, que o julgador, ao deparar-se com o conceito reincidente, pudesse estender o alcance do termo de modo diverso do previsto nos arts. 63 e 64 do Código Penal, que definem seu significado. Do mesmo modo poderia o órgão do Poder Judiciário considerar hediondo crimes diversos daqueles previstos no art. 1º da Lei n. 8.072/1990 - o qual elenca, em rol taxativo, os crimes considerados hediondos. Não há controvérsia sobre a impossibilidade de proceder de tal maneira, em razão, justamente, da vedação à interpretação extensiva in malam partem das normas penais.

[...]

8. Ordem de *habeas corpus* concedida para determinar que o Juízo das Execuções Penais retifique o cálculo de penas da Paciente, abstendo-se de considerar a condenação pelo crime de associação para o tráfico ilícito de drogas para fins de análise do requisito contido no inciso V do § 3º do art. 112 da Lei n. 7.210/1984.

(HC 522.651/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 04/08/2020, DJe 19/08/2020)

Habeas corpus. Execução penal. Progressão de regime. Pleito de retificação do cálculo da pena. Art. 112, VII, da Lei de Execução Penal (incluído pela Lei n. 13.964/2019). Pacote Anticrime. Reincidência específica em crime hediondo. Não aplicação. Apenado condenado por crime hediondo e reincidência não específica. Omissão legislativa. Analogia *in bonam partem*. Aplicação do inciso V. do art. 112 da LEP. Constrangimento ilegal verificado. *Habeas corpus* concedido.

[...]

3. Não há como aplicar de forma extensiva e prejudicial ao paciente o percentual de 60% previsto no inciso VII do art. 112 da LEP, que trata sobre os casos de reincidência de crime hediondo ou equiparado, merecendo, ante a omissão legislativa, o uso da analogia *in bonam partem* para aplicar o percentual de 40%, previsto no inciso V.

4. *Habeas corpus* concedido para determinar que o Juízo da Execução retifique o cálculo da pena do paciente, aplicando-se o percentual de 40% para progressão de regime, salvo se cometida falta grave. (HC 605.783/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 13/10/2020, DJe 19/10/2020)

Agravo regimental no *habeas corpus*. Execução penal. Livramento condicional e progressão de regime. Exame criminológico. Impossibilidade de interpretação extensiva às restrições do decreto de indulto/comutação. Ato discricionário do Presidente da República. Interpretação sistemática e teleológica para deferimento de indulto. Pacote Anticrime. Agravo desprovido.

1. **Não se permite interpretação extensiva das restrições contidas no decreto concessivo de comutação/indulto.** Em outras palavras, não se pode criar demais restrições à concessão da benesse que não sejam aquelas versadas expressamente na norma presidencial. A leitura que deve ser feita da lei é aquela com base em interpretação que empreste à norma maior concretude possível, porém sempre mantendo como vetor exegético os princípios insculpidos na Constituição Federal.

[...]

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 587.663/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 08/09/2020, DJe 14/09/2020).

A Lei n. 1.521/1951, no art. 3º, IX, enumerou o rol de instituições financeiras para a configuração do crime de gestão temerária, e a Lei n. 7.492/1986, que também prevê o conceito de gestão temerária, definiu expressamente instituição financeira no art. 1º, constando que:

Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a *pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.*

Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:

I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros;

II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.

Para Luiz Regis Prado, trata-se de crime pluriofensivo, pois tem como objetividade jurídica “a higidez da gestão das instituições financeiras e das

atividades decorrentes, com a conseqüente proteção do patrimônio da instituição financeira e dos investidores” (PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico:** ordem econômica, relação de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais. 2 ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 179).

Trata-se, portanto, de delito próprio, cometido pelo gestor da instituição financeira, e tem como sujeito passivo o Estado e o mercado financeiro. O objeto material é a instituição financeira, e prevalece na doutrina penal o entendimento de que se trata de crime habitual.

4. Definida a situação jurídico-penal do recorrente, condenado por fato atípico e por combinação de leis, verifica-se que a situação fático-processual dos corréus é a mesma do agravante, pois consta na sentença (fls. 6.163-6.166):

[...]

No que tange ao réu *Argemiro*, não paira nenhuma dúvida sobre a materialidade e a autoria do crime de gestão temerária.

Ele, mais do que qualquer outra pessoa, tinha conhecimento de que não figurava como sócio da JMartini e tinha consciência da grandeza do empreendimento imobiliário que adquiriu junto à Pallissander. Também sabia sobre a falta de registro do memorial de incorporação, enfim, sabia de todos os problemas, mas, mesmo assim, continuou efetuando a venda de mais unidades imobiliárias, criando uma verdadeira bola de neve.

Em seu interrogatório judicial, Argemiro reconheceu que não conseguiu cumprir os primeiros contratos e, mesmo assim, continuava vendendo outros imóveis.

Portanto, Argemiro enquadra-se com perfeição na descrição doutrinária do agente que comete o crime de gestão temerária: afoito, impetuoso, cuja conduta ultrapassou, e muito, os limites da prudência, de modo que aumentou sobremaneira os riscos da atividade empresarial e os prejuízos daí decorrentes.

Everton declarou que não participava da administração da JMartini, tendo começado a trabalhar como “panfleteiro” nos semáforos. Disse que apenas em 2008 começou a “dar expediente” no escritório, mas que não tinha poder de decisão, só fazia o que o pai falava.

Inicialmente, pensei que o réu *Everton* estaria na mesma situação da ré *Silvana*. Todavia, não é esse o caso.

Ouvindo mais atentamente as declarações de seu interrogatório, constatei que *Everton* afirmou que, na ausência de seu pai, fazia coisas sem o conhecimento dele. Além disso, algumas das vítimas (Luis Carlos Silva Santos, José Vilmar Pereira do Carmo e Wedman Trindade de Paula) declaram, perante este Juízo, que estiveram no escritório da JMartini para questionar sobre o atraso das obras

e foram atendidas por *Everton*. Ou seja, ainda que em menor escala, *Everton* também representava a *JMartini* perante os consumidores, assinava contratos e tomava decisões com cunho de gestão, de maneira que sua conduta também se subsume ao tipo do crime de gestão temerária

Por fim, no que concerne ao réu *Marcos*, também não restam dúvidas sobre a materialidade e a autoria do crime de gestão temerária.

Marcos, assim como ***Argemiro***, enquadra-se perfeitamente na descrição doutrinária sobre o agente de crime de gestão temerária, pois, guiado por sua impetuosidade, aumentou exponencialmente os riscos da atividade empresarial, gerando prejuízos a centenas de famílias. Tinha plena consciência dos ônus da atividade empresarial e assumiu o risco de produzir o resultado criminoso, agindo com evidente dolo eventual.

Marcos tinha pleno domínio da situação financeira da empresa *Cidade Ambiental*, assim como também tinha total consciência de que não figurava no contrato social dessa empresa. Agia, contudo, como se fosse um empresário “poderoso” e também diretor de um banco e em condições de obter rapidamente financiamentos para construção de apartamentos populares (informações colhidas no interrogatório do réu ***Rubem***).

Por exemplo, ao firmar a parceria com a *JMartini*, *Marcos* assinou contrato (fls. 1.251/1.257) dizendo que entregaria obras num prazo de apenas 5 meses, o que era notoriamente impossível, visto que as obras estavam nitidamente atrasadas (atraso, aliás, superior a 3 anos) e não seria em 5 meses que iria concluir um prédio.

Também deve ser ressaltado que, conforme iam passando os empreendimentos de uma empresa para outra, os nomes dos prédios eram trocados, o que também facilitou que muitas pessoas continuassem sendo “iludidas” e adquirissem unidades imobiliárias, pois não percebiam que se tratavam de prédios cujas obras estavam extremamente atrasadas.

Para finalizar este tópico, aproveito para definir o tamanho dos empreendimentos imobiliários: total de 11 (onze) prédios, alguns com mais de dez andares. Peço vênica para transcrever o seguinte trecho da lavra do Promotor de Justiça que subscreveu as alegações finais ministeriais, o qual descreve, de forma bem explícita e resumida, a situação enfrentada nos autos:

Típica, antijurídica e desproporcional a conduta do agente que, para salvar a continuidade de alguns de seus empreendimentos imobiliários, amplia suas vendas e lança outros empreendimentos, aumentando, por conseguinte, o número de consumidores prejudicados por empreendimentos imobiliários que certamente não serão entregues, dando início ao que o mercado imobiliário denomina de bicicleta, ou seja, após um impulso, somente poderá continuar a girar seus negócios com

o ingresso de novas vítimas, cujo dinheiro possibilitará adimplir dívidas antigas e assim sucessivamente; cria-se o que também se denomina de pirâmide (geralmente citando-se o exemplo da pirâmide da Albânia), onde o crescimento artificial é efetuado com recursos de terceiros e, após o mercado descobrir o engodo, a alavancagem da empresa, a pirâmide é desfeita e exsurge a insolvência. Este é o caso dos autos. (fl. 5.323).

A sentença condenou os corréus na mesma figura típica, pois entendeu que o réu Argemiro José Martini “tinha conhecimento de que não figurava como sócio da JMartini e tinha consciência da grandeza do empreendimento imobiliário que adquiriu junto à Pallissander. Também sabia sobre a falta de registro do memorial de incorporação, enfim, sabia de todos os problemas, mas, mesmo assim, continuou efetuando a venda de mais unidades imobiliárias, criando uma verdadeira bola de neve”; e que Marcos Antônio Gonçalves dos Santos “enquadra-se perfeitamente na descrição doutrinária sobre o agente de crime de gestão temerária, pois, guiado por sua impetuosidade, aumentou exponencialmente os riscos da atividade empresarial, gerando prejuízos a centenas de famílias. Tinha plena consciência dos ônus da atividade empresarial e assumiu o risco de produzir o resultado criminoso, agindo com evidente dolo eventual”.

Nenhuma das sociedades empresárias envolvidas nas condutas apuradas — JMartini Construtora e Incorporadora Ltda., Cidade Ambiental Ltda., Millenium Construtora e Pallissander Engenharia Ltda. — é instituição financeira. Não há, também em relação a elas, nenhum elemento constitutivo do tipo penal imputado, descrito no art. 3º, IX, da Lei n. 1.521/1951.

Por fim, tem razão a defesa de Marcos Antônio Gonçalves dos Santos, nos fundamentos expostos na petição de fls. 9.028-9.030, pois, com efeito, “a jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que se aplica ao advogado integrante do núcleo de prática jurídica de instituição de ensino superior o mesmo regramento que rege a Defensoria Pública, quanto à necessidade de intimação pessoal” (HC 387.135/RS, Rel. Ministro *Ribeiro Dantas*, *Quinta Turma*, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017).

No caso, conforme certidão de fl. 8.863, o Núcleo de Assistência Jurídica Gratuita do Centro Universitário de Brasília foi intimado da decisão que inadmitiu os recursos especial e extraordinário por meio eletrônico, e não pessoalmente, o que implica equívoco na certidão de fl. 8.864, que certificou o trânsito em julgado.

Havendo claro prejuízo à ampla defesa de Marcos Antônio Gonçalves dos Santos, inclusive reconhecido pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (fls. 9.052-9.055), configurando o vício na intimação efetuada por meio eletrônico e não pessoal, impõe-se declarar sem efeito a certificação de trânsito em julgado, reabrindo-se o prazo recursal com a devida intimação pessoal da decisão que não admitiu os recursos especial e extraordinário.

5. Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental, mas concedo *habeas corpus* de ofício para absolver o agravante Rubem Soares Braquinho da imputação de gestão temerária tipificada no art. 3º, *caput*, inciso IX, da Lei 1.521/1951 (art. 386, III - CPP), resultado que (nesse tipo) estendo aos corréus Argemiro José Martini, Everton Luiz Augusto de Oliveira Martini e Marcos Antônio Gonçalves dos Santos, por estarem na mesma situação fático-processual daquele (art. 580 - CPP).

Defiro o pedido de fls. 9.052-9.055, para reconhecer a nulidade arguida pela defesa de Marcos Antônio Gonçalves dos Santos, a fim de cancelar a certificação do trânsito em julgado (fl. 8.864) e determinar, apenas no tocante a esse último, a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para a reabertura do prazo para a interposição de eventual recurso contra a decisão que não admitiu os recursos especial e extraordinário, intimando-se pessoalmente o Núcleo de Prática Jurídica do Centro Universitário de Brasília.

É o voto.

—

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.865.363-SP
(2020/0055686-3)**

Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro

Agravante: Ministério Público Federal

Agravado: Henrique Roberto Pereira

Agravado: Luan Patrick Zanette Guittard Vasques

Advogados: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Luiz Antonio Felipe Franchito - Defensor Público - SP308521

Interes.: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Agravo regimental no recurso especial. Tráfico de drogas. Apreensão de 12g (doze gramas) de cocaína. Violação de domicílio. Ingresso policial apoiado em denúncia anônima e em atitude suspeita dos acusados no interior da residência. Ausência de justa causa. Aplicação do entendimento firmado no HC n. 598.051/SP. Agravo regimental improvido.

1. Tendo como referência o recente entendimento firmado por esta Corte, nos autos do HC n. 598.051/SP, o ingresso policial forçado em domicílio, resultando na apreensão de material apto a configurar o crime de tráfico de drogas – 12g (doze gramas) de cocaína –, quando apoiado em mera denúncia anônima e no fato de que os policiais, de fora, avistaram os acusados no interior da casa manipulando material, não traz contexto fático que justifica a dispensa de investigações prévias ou do mandado judicial para a entrada dos agentes públicos na residência, acarretando a nulidade da diligência policial, como no caso dos autos.

2. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Relator

DJe 29.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Trata-se de agravo regimental interposto pelo *Ministério Público Federal* contra decisão na qual dei provimento ao recurso especial.

Consta dos autos que os recorrentes foram condenados cada um à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, havendo apreensão de cerca de 12g (doze gramas) de cocaína (e-STJ fl. 218).

Irresignada, a defesa interpôs apelação, improvida pelo Tribunal de origem, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 354):

Apelação. Tráfico de drogas. Preliminares de nulidade rejeitadas. Recurso defensivo postulando a absolvição por insuficiência probatória (réu Luan) ou a desclassificação para o crime do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 (réu Henrique). Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Conjunto probatório robusto, suficiente para sustentar a condenação de ambos acusados pelo crime de tráfico de drogas, nos moldes em que proferida.

Circunstâncias do delito denotando que os réus se dedicavam a essa atividade criminosa. Impossibilidade de concessão da benesse prevista no § 4º do artigo 33, da Lei de Drogas. Penas mantidas. *Quantum* da sanção corporal que impede a substituição por penas restritivas de direitos. Regime inicial bem fixado. Recursos dos réus não providos.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Contra o acórdão foi interposto recurso especial, no qual a defesa sustenta ofensa aos arts. 157 e 400 do CPP; aos arts. 2º, parágrafo único, e 33, §§ 2º, b, e 3º, do CP; e ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Argumenta nulidade da ação, pois houve apreensão das drogas a despeito da garantia constitucional de inviolabilidade do domicílio. Afirma, ainda, a nulidade da instrução processual ante a inversão da ordem do interrogatório. Subsidiariamente, requer a aplicação do tráfico privilegiado e a fixação de regime menos gravoso.

O apelo nobre foi contra-arrazado e admitido na origem.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo parcial conhecimento do recurso especial e, nessa parte, pelo seu desprovemento.

Na sequência, dei provimento ao apelo nobre, reconhecendo a nulidade arguida, determinando a anulação da prova decorrente do ingresso desautorizado no domicílio e conseqüente absolvição dos ora agravados.

No presente agravo, o *Parquet* sustenta, em síntese, que “*existem elementos essenciais para a caracterização de hipótese autorizadora da violação de domicílio, afastando-se, assim, qualquer ideia de uma abordagem casual e abusiva por parte do Estado. Observa-se que denúncia anônima originou a diligência investigativa*”

que, por sua vez, ensejou o ato flagrancial antes do ingresso no domicílio, mediante a visualização da conduta delituosa do lado de fora da residência, de modo a tornar válida a ação policial” (e-STJ fls. 558/559).

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a submissão da matéria ao colegiado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): O recurso não apresenta argumento capaz de desconstituir os fundamentos que embasaram a decisão ora impugnada.

Sobre a validade do ingresso policial no domicílio discutido nos autos, assim se pronunciou a Corte de origem (e-STJ fl. 357):

No tocante à alegada invasão de domicílio, anoto que a questão restou bem rechaçada na r. sentença nos seguintes termos: (...) *“No caso dos autos, antes do ingresso na residência, os policiais já avistaram duas pessoas em volta de uma mesa, manipulando a droga, porque a porta estava aberta e não havia portão. Assim, havia grande indicativo de autoria, aliada à denúncia recebida via Copom. Nesse sentido, em havendo flagrante, já que a droga foi apreendida no interior da residência, os policiais estavam acobertados pela exceção constitucional e a prova é lícita”* (cf. fl. 245).

Cabe apenas reiterar que nenhuma ilegalidade houve no ingresso dos policiais na residência dos réus, uma vez que, conforme consta dos autos, a diligência policial se iniciou em razão de denúncia e porque os milicianos avistaram duas pessoas manipulando drogas. Logo, não há que se falar em ausência de autorização para entrada no imóvel, porquanto a ação dos agentes da lei foi legitimada pelo estado de flagrância, que se constitui em uma das exceções à garantia de inviolabilidade do domicílio. [...].

Conforme consignei na decisão ora agravada, da leitura do acórdão, constata-se que o ingresso forçado na casa onde foram apreendidas as drogas não se sustenta em fundadas razões. Isso, porque a diligência apoiou-se em *mera denúncia anônima e no fato de que os policiais, de fora, avistaram os acusados no interior da residência manipulando material*, circunstâncias que não justificam, por si sós, a dispensa de investigações prévias ou do mandado judicial. Assim sendo, o contexto fático narrado não corrobora a conclusão inarredável de que na residência praticava-se o crime de tráfico de drogas.

Nesse contexto, acolhi a alegação de ofensa aos dispositivos legais arrolados, pois o entendimento vergastado no acórdão recorrido destoou da jurisprudência desta Corte, em recentíssimo entendimento firmado pela Sexta Turma, nos autos do HC n. 598.051/SP, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, firmadas as teses de que “*as circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude ‘suspeita’, ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente*”, e de que até mesmo o consentimento, registrado nos autos, para o ingresso das autoridades públicas sem mandado deve ser comprovado pelo Estado.

Eis a íntegra da ementa do mencionado julgado:

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Flagrante. Domicílio como expressão do direito à intimidade. Asilo inviolável. Exceções constitucionais. Interpretação restritiva. Ingresso no domicílio. *Exigência de justa causa (fundada suspeita)*. *Consentimento do morador*. *Requisitos de validade*. *Ônus estatal de comprovar a voluntariedade do consentimento*. Necessidade de documentação e registro audiovisual da diligência. Nulidade das provas obtidas. Teoria dos frutos da árvore envenenada. Prova nula. Absolvição. Ordem concedida.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

1.1 A inviolabilidade de sua morada é uma das expressões do direito à intimidade do indivíduo, o qual, sozinho ou na companhia de seu grupo familiar, espera ter o seu espaço íntimo preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exige.

1.2. O direito à inviolabilidade de domicílio, dada a sua magnitude e seu relevo, é salvaguardado em diversos catálogos constitucionais de direitos e garantias fundamentais. Célebre, a propósito, a exortação de Conde Chatham, ao dizer que: “O homem mais pobre pode em sua cabana desafiar todas as forças da Coroa. Pode ser frágil, seu telhado pode tremer, o vento pode soprar por ele, a tempestade pode entrar, a chuva pode entrar, mas o Rei da Inglaterra não pode entrar!” (“The poorest man may in his cottage bid defiance to all the forces of the Crown. It may be frail, its roof may shake, the wind may blow through it, the storm

may enter, the rain may enter, but the King of England cannot enter!" William Pitt, Earl of Chatham. Speech, March 1763, in Lord Brougham Historical Sketches of Statesmen in the Time of George III First Series (1845) v. 1).

2. O ingresso regular em domicílio alheio, na linha de inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores, depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, apenas quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência - cuja urgência em sua cessação demande ação imediata - é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

2.1. Somente o flagrante delito que traduza verdadeira urgência legítima o ingresso em domicílio alheio, como se infere da própria Lei de Drogas (L. 11.343/2006, art. 53, II) e da Lei 12.850/2013 (art. 8º), que autorizam o retardamento da atuação policial na investigação dos crimes de tráfico de entorpecentes, a denotar que nem sempre o caráter permanente do crime impõe sua interrupção imediata a fim de proteger bem jurídico e evitar danos; é dizer, mesmo diante de situação de flagrância delitiva, a maior segurança e a melhor instrumentalização da investigação - e, no que interessa a este caso, a proteção do direito à inviolabilidade do domicílio - justificam o retardo da cessação da prática delitiva.

2.2. A autorização judicial para a busca domiciliar, mediante mandado, é o caminho mais acertado a tomar, de sorte a se evitarem situações que possam, a depender das circunstâncias, comprometer a licitude da prova e, por sua vez, ensejar possível responsabilização administrativa, civil e penal do agente da segurança pública autor da ilegalidade, além, é claro, da anulação - amiúde irreversível - de todo o processo, em prejuízo da sociedade.

3. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), a tese de que: "A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*" (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). Em conclusão a seu voto, o relator salientou que a interpretação jurisprudencial sobre o tema precisa evoluir, de sorte a trazer mais segurança tanto para os indivíduos sujeitos a tal medida invasiva quanto para os policiais, que deixariam de assumir o risco de cometer crime de invasão de domicílio ou de abuso de autoridade, principalmente quando a diligência não tiver alcançado o resultado esperado.

4. *As circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude "suspeita", ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento*

que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente.

5. Se, por um lado, práticas ilícitas graves autorizam eventualmente o sacrifício de direitos fundamentais, por outro, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, excluídas do usufruto pleno de sua cidadania, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida e devassada, a qualquer hora do dia ou da noite, por agentes do Estado, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria, por exemplo, um ponto de tráfico de drogas, ou de que o suspeito do tráfico ali se homiziou.

5.1. Em um país marcado por alta desigualdade social e racial, o policiamento ostensivo tende a se concentrar em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos ou usuais suspeitos, assim definidos por fatores subjetivos, como idade, cor da pele, gênero, classe social, local da residência, vestimentas etc.

5.2. Sob essa perspectiva, a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos - diante da discricionariedade policial na identificação de suspeitos de práticas criminosas - pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar, a qual protege não apenas o suspeito, mas todos os moradores do local.

5.3. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em cercear a necessária ação das forças de segurança pública no combate ao tráfico de entorpecentes, muito menos em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos ou em espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso policial no domicílio alheio a situação de ocorrência de um crime cuja urgência na sua cessação desautorize o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial - meio ordinário e seguro para o afastamento do direito à inviolabilidade da morada - legitimar a entrada em residência ou local de abrigo.

6. Já no que toca ao consentimento do morador para o ingresso em sua residência - uma das hipóteses autorizadas pela Constituição da República para o afastamento da inviolabilidade do domicílio - outros países trilharam caminho judicial mais assertivo, ainda que, como aqui, não haja normatização detalhada nas respectivas Constituições e leis, geralmente limitadas a anunciar o direito à inviolabilidade da intimidade domiciliar e as possíveis autorizações para o ingresso alheio.

6.1. Nos Estados Unidos, por exemplo, a par da necessidade do exame da causa provável para a entrada de policiais em domicílio de suspeitos de crimes, não pode haver dúvidas sobre a voluntariedade da autorização do morador (*in dubio libertas*). O consentimento "deve ser inequívoco, específico e conscientemente dado, não contaminado por qualquer truculência ou coerção" (*"consent, to be valid, 'must be unequivocal, specific and intelligently given, uncontaminated by*

any duress or coercion”). (United States v McCaleb, 552 F.2d 717, 721 (6th Cir 1977), citando Simmons v Bomar, 349 F.2d 365, 366 (6th Cir 1965). Além disso, ao Estado cabe o ônus de provar que o consentimento foi, de fato, livre e voluntariamente dado, isento de qualquer forma, direta ou indireta, de coação, o que é aferível pelo teste da totalidade das circunstâncias (*totality of circumstances*).

6.2. No direito espanhol, por sua vez, o Tribunal Supremo destaca, entre outros, os seguintes requisitos para o consentimento do morador: a) deve ser prestado por pessoa capaz, maior de idade e no exercício de seus direitos; b) deve ser consciente e livre; c) deve ser documentado; d) deve ser expresso, não servindo o silêncio como consentimento tácito.

6.3. Outrossim, a documentação comprobatória do assentimento do morador é exigida, na França, de modo expresso e mediante declaração escrita à mão do morador, conforme norma positivada no art. 76 do Código de Processo Penal; nos EUA, também é usual a necessidade de assinatura de um formulário pela pessoa que consentiu com o ingresso em seu domicílio (North Carolina v. Butler (1979) 441 U.S. 369, 373; People v. Ramirez (1997) 59 Cal.App.4th 1548, 1558; U.S. v. Castillo (9a Cir. 1989) 866 F.2d 1071, 1082), declaração que, todavia, será desconsiderada se as circunstâncias indicarem ter sido obtida de forma coercitiva ou houver dúvidas sobre a voluntariedade do consentimento (Haley v. Ohio (1947) 332 U.S. 596, 601; People v. Andersen (1980) 101 Cal.App.3d 563, 579).

6.4. Se para simplesmente algemar uma pessoa, já presa - ostentando, portanto, alguma verossimilhança do fato delituoso que deu origem a sua detenção -, exige-se a indicação, por escrito, da justificativa para o uso de tal medida acautelatória, seria então, no tocante ao ingresso domiciliar, “necessário que nós estabeleçamos, desde logo, como fizemos na Súmula 11, alguma formalidade para que essa razão excepcional seja justificada por escrito, sob pena das sanções cabíveis” (voto do Min. Ricardo Lewandowski, no RE n. 603.616/TO).

6.5. Tal providência, aliás, já é determinada pelo art. 245, § 7º, do Código de Processo Penal - analogicamente aplicável para busca e apreensão também sem mandado judicial - ao dispor que, “[f]inda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º”.

7. São frequentes e notórias as notícias de abusos cometidos em operações e diligências policiais, quer em abordagens individuais, quer em intervenções realizadas em comunidades dos grandes centros urbanos. É, portanto, ingenuidade, academicismo e desconexão com a realidade conferir, em tais situações, valor absoluto ao depoimento daqueles que são, precisamente, os apontados responsáveis pelos atos abusivos. E, em um país conhecido por suas práticas autoritárias - não apenas históricas, mas atuais -, a aceitação desse comportamento compromete a necessária aquisição de uma cultura democrática de respeito aos direitos fundamentais de todos, independentemente de posição social, condição financeira, profissão, local da moradia, cor da pele ou raça.

7.1. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação - como ocorreu no caso ora em julgamento - de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de documentação que a imunize contra suspeitas e dúvidas sobre sua legalidade.

7.2. Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar. Semelhante providência resultará na diminuição da criminalidade em geral - pela maior eficácia probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro - e permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e, quando indicado ter havido consentimento do morador, se foi ele livremente prestado.

8. Ao Poder Judiciário, ante a lacuna da lei para melhor regulamentação do tema, cabe responder, na moldura do Direito, às situações que, trazidas por provocação do interessado, se mostrem violadoras de direitos fundamentais do indivíduo. E, especialmente, ao Superior Tribunal de Justiça compete, na sua função judicante, buscar a melhor interpretação possível da lei federal, de sorte a não apenas responder ao pedido da parte, mas também formar precedentes que orientem o julgamento de casos futuros similares.

8.1. As decisões do Poder Judiciário - mormente dos Tribunais incumbidos de interpretar, em última instância, as leis federais e a Constituição - servem para dar resposta ao pedido no caso concreto e também para “enriquecer o estoque das regras jurídicas” (Melvin Eisenberg. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p. 4) e assegurar, no plano concreto, a realização dos valores, princípios e objetivos definidos na Constituição de cada país. Para tanto, não podem, em nome da maior eficiência punitiva, tolerar práticas que se divorciam do modelo civilizatório que deve orientar a construção de uma sociedade mais igualitária, fraterna, pluralista e sem preconceitos.

8.2. Como assentado em conhecido debate na Suprema Corte dos EUA sobre a admissibilidade das provas ilícitas (*Weeks v. United States*, 232 U.S. 383, 1914), se os tribunais permitem o uso de provas obtidas em buscas ilegais, tal procedimento representa uma afirmação judicial de manifesta negligência, se não um aberto desafio, às proibições da Constituição, direcionadas à proteção das pessoas contra esse tipo de ação não autorizada (“such proceeding would be to affirm by judicial decision a manifest neglect, if not an open defiance, of the prohibitions of the Constitution, intended for the protection of the people against such unauthorized action”).

8.3. A situação versada neste e em inúmeros outros processos que aportam a esta Corte Superior diz respeito à própria noção de civilidade e ao significado

concreto do que se entende por Estado Democrático de Direito, que não pode coonestar, para sua legítima existência, práticas abusivas contra parcelas da população que, por sua topografia e status social e econômico, costumam ficar mais suscetíveis ao braço ostensivo e armado das forças de segurança.

9. Na espécie, não havia elementos objetivos, seguros e racionais que justificassem a invasão de domicílio do suspeito, porquanto a simples avaliação subjetiva dos policiais era insuficiente para conduzir a diligência de ingresso na residência, visto que não foi encontrado nenhum entorpecente na busca pessoa realizada em via pública.

10. *A seu turno, as regras de experiência e o senso comum, somadas às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes castrenses de que o paciente teria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso em seu próprio domicílio, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em seu desfavor.*

11. Assim, como decorrência da proibição das provas ilícitas por derivação (art. 5º, LVI, da Constituição da República), é nula a prova derivada de conduta ilícita - no caso, a apreensão, após invasão desautorizada da residência do paciente, de 109 g de maconha -, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas.

12. *Habeas Corpus* concedido, com a anulação da prova decorrente do ingresso desautorizado no domicílio e conseqüente absolvição do paciente, dando-se ciência do inteiro teor do acórdão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como às Defensorias Públicas dos Estados e da União, ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores-Gerais dos Estados, aos Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Conselho Nacional de Direitos Humanos, ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que deem conhecimento do teor do julgado a todos os órgãos e agentes da segurança pública federal, estadual e distrital.

13. Estabelece-se o prazo de um ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal.

(HC 598.051/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021, grifei.)

Nesse sentido, confirmam-se ainda:

Habeas corpus. Processual. Tráfico de drogas. Nulidade das provas colhidas no domicílio do réu. Flagrante. Ausência de mandado. Denúncia anônima/comunicação apócrifa. Ausência de justa causa. Ordem concedida.

1. É pacífico nesta Corte o entendimento de que, nos crimes permanentes, tal como o tráfico de drogas, o estado de flagrância se protraí no tempo, o que, todavia, não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que, naquele momento, dentro da residência, se está ante uma situação de flagrante delito.

2. *Conforme entendimento firmado por esta Corte, a mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado, estando, ausente, assim, nessas situações, justa causa para a medida.*

3. Não havendo, como na hipótese, outros elementos preliminares indicativos de crime que acompanhem a denúncia anônima, inexistente justa causa a autorizar o ingresso no domicílio sem o consentimento do morador, o que nulifica a prova produzida.

4. *Habeas corpus* concedido para reconhecer a nulidade das provas colhidas mediante violação domiciliar.

(HC 512.418/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019, grifei.)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Posse ilegal de arma de fogo com numeração suprimida. Crime permanente. Flagrante delito. Busca domiciliar sem mandado judicial. Ausência de fundadas razões. Ilegalidade da medida. Prova ilícita. Absolvição mantida. Agravo regimental não provido.

1. Nos termos do art. 302 do CPP, considera-se em situação de flagrante quem estiver cometendo uma infração penal; quem tenha acabado de cometê-la; quem tiver sido perseguido após a prática delitiva ou encontrado, logo depois, com objetos, instrumentos ou papéis que façam presumir ser o autor do crime. E, de acordo com o art. 303 do CPP, nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Com efeito, a posse ilegal de arma é crime permanente, estando em flagrante aquele que o pratica em sua residência. Em regra, é absolutamente legítima a entrada de policiais para fazer cessar a prática do delito, independentemente, portanto, de mandado judicial.

2. O Supremo Tribunal Federal, apreciando o Tema n. 280 da sistemática da repercussão geral, à oportunidade do julgamento do RE n. 603.616/RO, afirma que provas ilícitas, informações de inteligência policial - denúncias anônimas, afirmações de 'informações policiais' (pessoas ligadas ao crime que repassam informações aos policiais, mediante compromisso de não se serem identificadas), por exemplo, e, em geral, elementos que não têm força probatória em juízo, não servem para demonstrar a justa causa.

3. Nessa linha de raciocínio, o ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa)

que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência, é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

4. No presente caso, em momento algum, foi explicitado, com dados objetivos e concretos, em que consistiria eventual atitude suspeita por parte do acusado. Há uma denúncia anônima e o fato de o acusado ter adentrado rapidamente no hotel em que estava hospedado quando avistou a viatura. Não existe qualquer referência a prévia investigação, a monitoramento ou a campanhas no local. Os policiais, portanto, não estavam autorizados a ingressar na residência sem o devido mandado judicial.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1.466.216/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/05/2019, DJe 27/05/2019).

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

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 647.408-CE (2021/0053509-2)

Relator: Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF
1ª Região)

Impetrante: Nestor Eduardo Araruna Santiago e outro

Advogados: Hamilton Belloto Henriques - SP136943

Nestor Eduardo Araruna Santiago - CE028869B

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Paciente: Marcelo Barberena Moraes (Preso)

Interes.: Ministério Público do Estado do Ceará

EMENTA

Habeas corpus. Duplo homicídio triplamente qualificado. Porte ilegal de arma de fogo. Sentença condenatória prolatada em plenário. Negativa do direito de apelar em liberdade. Soberania dos veredictos. Execução provisória.

Lei 13.964/2019. Prisão preventiva. Requerimento realizado pelo Ministério Público. Fundamentação idônea. *Modus operandi*. Garantia da ordem pública. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada.

1. Hipótese em que a defesa busca a concessão de liberdade ao paciente até o trânsito em julgado da sentença que o condenou às penas de 82 anos de reclusão pela prática de dois homicídios triplamente qualificados, praticados contra a esposa e a filha de 8 meses de idade, e de 2 anos de reclusão por porte ilegal de arma de fogo.

2. O art. 492, I, “e”, do CPP, com a redação introduzida pela Lei 13.964/2019, dispõe que, no caso de condenação, o juiz Presidente do Tribunal do Júri “mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos”.

3. Em conformidade ao entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal nas ADCs 43, 44 e 54, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem se manifestando contrariamente à possibilidade de execução provisória da pena como decorrência automática da condenação proferida pelo Tribunal do Júri, salvo quando demonstrados os fundamentos da prisão preventiva.

4. Ao iniciar o julgamento do RE 1.235.340/SC, em repercussão geral, o Ministro Roberto Barroso (Relator) fixou a tese de que “A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada” (Tema 1.068), no que foi acompanhado pelo Ministro Dias Toffoli, segundo o qual a única exceção ao não cabimento da execução provisória é a sentença proferida pelo Tribunal do Júri, que, de acordo com a Constituição, é soberano em suas decisões, como se fosse uma instância única. Na divergência do Ministro Gilmar Mendes, foi suspenso o julgamento tendo pedido vista do Ministro Ricardo Lewandowski.

5. O Ministério Público, nos debates orais em plenário, pediu a prisão do acusado, em face da condenação pelo Júri superior a 15 anos de reclusão, a ensejar a execução provisória da pena, nos termos do art. 492, I, “e”, do CPP, e em razão do *modus operandi* consistente no assassinato de esposa e filha com menos de um ano de idade, enquanto dormiam, a evidenciar conduta violenta e

periculosidade real, para fins de garantir a ordem pública, nos termos do art. 312 do CPP.

6. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz acompanharam o Sr. Ministro Relator apenas por um fundamento.

Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago, pela parte paciente: Marcelo Barberena Moraes

Brasília (DF), 1º de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Presidente

Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Relator

DJe 8.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região): — Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado contra acórdão assim ementado:

Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Homicídio qualificado. Execução provisória (art. 492, I, e, do CPP). Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019). Dispositivo legal vigente. Precedentes desta Corte. Prisão preventiva. Requerimento realizado pelo Ministério Público. Fundamentação idônea. *Modus operandi*. Garantia da ordem pública. Fato novo. Sentença condenatória prolatada em plenário. Soberania dos veredictos. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem conhecida e denegada.

1. Aponta o impetrante que o paciente encontra-se segregado em face da sentença prolatada na data de 02/12/2020 pela juíza monocrática no processo sob n. 0005758-61.2015.8.06.0140, sendo posto pelo impetrante os seguintes argumentos para concessão da ordem: a) inconstitucionalidade da execução provisória prevista no art. 492, inciso I, alínea “e”, do Código de Processo Penal; b) ausência de requerimento do órgão ministerial para decretação da prisão preventiva; e c) prisão preventiva fundamentada genericamente.

2. A magistrada utilizou o art. 492, inciso I, alínea “e”, do Código de Processo Penal, para aplicar em desfavor do paciente o início da execução provisória, utilizando-se da interpretação literal do significado da norma, pois fora fixada uma reprimenda de 82 (oitenta e dois) anos de reclusão em regime fechado pelo crime de homicídio qualificado, mais 02 (dois) anos pelo delito de porte ilegal de arma de fogo; logo, quantum superior a 15 (quinze) anos de reclusão, tutelando a soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da Lei Maior), sendo inclusive o posicionamento do colegiado da 1ª Câmara Criminal desta Corte.

3. Compreende-se que o legislador incluiu mais uma forma de segregação no rito do júri, tendo o magistrado duas opções: i) a primeira, já amplamente conhecida na seara jurídica, em que se deve averiguar se estão presentes os requisitos da prisão preventiva, conforme análise dos arts. 312 e 313, ambos do CPP; e, ii) a segunda, notória inovação legislativa, em que o juiz deve analisar se o *quantum* da reprimenda é igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão.

4. Percebe-se pela nova dicção do dispositivo legal, que não há uma faculdade do julgador na aplicação da segregação, quando se está diante do *quantum* supramencionado, porquanto o réu fora condenado pelo Conselho dos Sete, devendo-se assegurar a soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da Lei Maior).

5. Ademais, é cediço que em sede de habeas corpus não cabe averiguar a (in) constitucionalidade do art. 492, inciso I, alínea “e”, do CPP, cabendo especificamente ao legitimado interessado o ajuizamento de ações específicas para se insurgir contra tal matéria. Destaca-se que a referida questão já está em tramitação no Supremo Tribunal Federal, conforme recurso extraordinário 1.235.340.

6. Repito: não cabe, em sede de *habeas corpus*, pela sua natureza célere, analisar a constitucionalidade ou não do art. 492, inciso I, alínea “e”, do CPP, sendo de competência do STF, conforme já existente recurso extraordinário, proceder com a devida análise da ponderação entre os princípios constitucionais da soberania dos veredictos e da não culpabilidade.

7. Em relação ao argumento da ilegalidade da prisão preventiva pela ausência de pedido expresso do órgão acusatório, percebe-se que o aludido requerimento fora realizado no momento dos debates orais, em plenário, conforme esclarecido em decisão prolatada na data de 12/12/2020 (págs. 17.475 – 17.477) pela

magistrada singular em sede de embargos de declaração opostos pelo *parquet*. Assim, não há se falar em violação ao Código de Processo Penal.

8. Aqui, importante frisar que o magistrado de piso possui fé pública nas suas afirmações e o conteúdo destas conta com presunção de veracidade, a qual, enquanto não contestada mediante elementos concretos, devidamente demonstrados por prova pré-constituída, deve ser mantida.

9. Quanto ao pleito de ausência de fundamentação na decretação da prisão preventiva, verifica-se que a juíza de planície apresentou como argumento para segregação cautelar do paciente a garantia da ordem pública, diante da periculosidade em concreto do paciente e do temor gerado nas testemunhas.

10. Dito isto, percebe-se que a fundamentação da juíza *a quo* encontra-se adequada para o caso em comento, porquanto o crime fora perpetrado em desfavor da própria cônjuge e filha, tendo esta apenas 08 (oito) meses de idade na data dos fatos, utilizando instrumento perfurocontundente, qual seja, arma de fogo, sendo ainda os atos praticados no período em que as vítimas encontravam-se dormindo em um quarto na casa em que a família se encontrava, conforme decisão dos jurados – representantes legais do Estado na análise de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, alínea “d”, da Constituição Brasileira).

11. Destaca-se que o Conselho dos Sete compreendeu pela existência das qualificadoras previstas nos incisos I, IV e VI do § 2º do art. 121 do Código Penal, delito este que resultou na reprimenda de 82 (oitenta e dois anos) de reclusão, mais 02 (dois) anos pelo crime de porte ilegal de arma de fogo, perfazendo uma sanção de 84 (oitenta e quatro) anos de reclusão em regime fechado (págs. 24 – 38).

12. Percebe-se que estão presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* (arts. 312 e 313, inciso I, ambos do CPP), devendo-se compreender e extrair do caso em tela a imensurável gravidade do crime, bem como o efetivo risco que o estado de liberdade do paciente pode resultar, pois pelas circunstâncias como o delito fora perpetrado, não se pode ignorar a possibilidade da prática de novos crimes ou até mesmo de fuga, haja vista a condenação de quase um século de prisão.

13. É sabido que o julgador além de averiguar o *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, deve também analisar se a prisão está em consonância com os arts. 312, § 2º e 315, § 1º, ambos do CPP – redações incluídas pela Lei n. 13.964/2019. Destaca-se que o legislador inseriu nos dispositivos acima o mesmo texto quando dispõe sobre fatos novos ou contemporâneos: “existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”.

14. Impende demonstrar que há no caso sub examine fato novo para decretar a prisão preventiva em desfavor do paciente, pois no instante em que há um procedimento especial do júri (procedimento bifásico), pode-se compreender que o fato novo está atrelado ao momento da sentença condenatória prolatada

em plenário, no qual foi aplicada nesse caso uma pena extremamente rigorosa baseada em decisão que goza de soberania e cujas chances de reforma são ínfimas (vide dados estatísticos citados pelo Min. Luis Roberto Barroso, no RExt 1.235.340), o que faz crer na possibilidade de o réu – no caso de confirmação da condenação – não se recolher voluntariamente ao cárcere, colocando em risco a efetividade do sistema de justiça criminal e a própria proteção ao bem jurídico tutelado, a vida.

15. Neste contexto, não é coerente e nem mesmo razoável interpretar o fato novo somente quando fosse motivado por ato praticado pelo paciente/réu, por exemplo, incidência de novos crimes e descumprimento de medidas cautelares diversas da detentiva, pois é inegável que se está, atualmente, diante de outro contexto fático, na medida em que à época da soltura pelo STJ (em razão do reconhecimento de excesso de prazo na formação da culpa), o paciente não tinha contra si veredicto soberano dos jurados no sentido de reconhecer, contra ele, materialidade e autoria delitivas dos crimes submetidos a julgamento.

16. O legislador, ao inserir “fatos novos”, não restringiu tais ações somente ao paciente/réu, sendo plenamente admissível e plausível compreender que há fato novo no caso sub examine, em decorrência do novo contexto oriundo do posicionamento adotado pelo Conselho dos Sete no sentido de condenar o réu pelo crime de homicídio qualificado, e ainda, pela fixação da reprimenda realizada pela juíza – presidente.

17. Ultrapassado este ponto, frise-se que o fato de as testemunhas se sentirem temerosas com a possibilidade de o réu fazer-lhes mal também justifica a segregação cautelar, cabendo lembrar que, conforme indicado pela magistrada, houve recusa para receber o mandado de intimação e comparecer em plenário inclusive por parte de pessoa arrolada pela defesa. Tais circunstâncias narradas, além de demonstrarem o periculum libertatis do paciente, também decorreram de fatos posteriores à soltura realizada pelo STJ, podendo assim fundamentar o ergástulo.

18. Ordem conhecida e denegada.

Alega a defesa constrangimento ilegal devido à manutenção do encarceramento preventivo do paciente decorrente de sentença condenatória proferida pelo Tribunal do Júri, nos termos do art. 492, I, *e*, do CPP, com a redação trazida pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime).

Argumenta a impossibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade na pendência de recursos, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal nas ADCs 43, 44 e 54.

Salienta, além da necessidade de pedido expresso do Ministério Público, inexistente no caso, a indispensabilidade de fundamentação baseada em dados concretos.

Requer, assim, a concessão da ordem, liminarmente e no mérito, colocando-se o paciente em liberdade até o trânsito em julgado da sentença condenatória, com ou sem imposição de medidas cautelares diversas.

Indeferido o pedido liminar (fls. 85-94), foram prestadas informações pelo Tribunal de origem (fls. 97-108) e pelo Juízo de 1º grau (fls. 112-119).

O Ministério Público Federal se manifestou pela denegação da ordem (fls. 120-129).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) (Relator): — Consoante relatado, busca a defesa a concessão de liberdade ao paciente, com ou sem imposição de medidas cautelares, até o trânsito em julgado da sentença que o condenou às penas de 82 anos de reclusão pela prática de dois homicídios triplamente qualificados e de 2 anos de reclusão por porte ilegal de arma.

Foi negado o direito de recorrer em liberdade, nos termos do art. 492, I, e, do CPP, com a redação trazida pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), asseverando-se, ainda, a gravidade concreta dos delitos, o que foi mantido pelo Tribunal de origem, ao denegar a ordem originária, com a seguinte fundamentação (fls. 25-33):

1) Execução Provisória da Sentença

A magistrada utilizou o art. 492, inciso I, alínea “e”, do Código de Processo Penal, para aplicar em desfavor do paciente o início da execução provisória, utilizando-se da interpretação literal do significado da norma, pois fora fixada uma reprimenda de 82 (oitenta e dois) anos de reclusão em regime fechado pelo crime de homicídio qualificado, mais 02 (dois) anos pelo delito de porte ilegal de arma de fogo; logo, quantum superior a 15 (quinze) anos de reclusão, tutelando a soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da Lei Maior), sendo inclusive o posicionamento do colegiado da 1ª Câmara Criminal desta Corte.

Compreende-se que o legislador incluiu mais uma forma de segregação no rito do júri, tendo o magistrado duas opções: i) a primeira, já amplamente conhecida na seara jurídica, em que se deve averiguar se estão presentes os requisitos da prisão preventiva, conforme análise dos arts. 312 e 313, ambos do CPP; e, ii) a segunda, notória inovação legislativa, em que o juiz deve analisar se o quantum da reprimenda é igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão.

Percebe-se pela nova dicção do dispositivo legal, que não há uma faculdade do julgador na aplicação da segregação, quando se está diante do *quantum* supramencionado, porquanto o réu fora condenado pelo Conselho dos Sete, devendo-se assegurar a soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “c, da Lei Maior).

Ademais, é cediço que em sede de *habeas corpus* não cabe averiguar a (in)constitucionalidade do art. 492, inciso I, alínea “e”, do CPP, cabendo especificamente ao legitimado interessado o ajuizamento de ações específicas para se insurgir contra tal matéria. Destaca-se que a referida questão já está em tramitação no Supremo Tribunal Federal, conforme recurso extraordinário 1.235.340.

A 3ª Câmara Criminal já decidiu, por unanimidade, acerca do tema, tendo inclusive se posicionado pela possibilidade da execução provisória, com base no art. 492, inciso I, alínea “e”, do CPP, a partir de uma interpretação contrário sensu:

[...]

A própria 1ª Câmara Criminal, na sessão do dia 09/06/2020, diante do voto declarado apresentado por este julgador signatário, e, com o respectivo acompanhamento das Eminentes Desembargadoras que compõem o sobredito órgão julgador, decidiu, por unanimidade, pela denegação da ordem, diante da impossibilidade de análise de inconstitucionalidade em sede de *habeas corpus*, bem como pela aplicabilidade da norma vigente.

[...]

Repito: não cabe, em sede de *habeas corpus*, pela sua natureza célere, analisar a constitucionalidade ou não do art. 492, inciso I, alínea “e”, do CPP, sendo de competência do STF, conforme já existente recurso extraordinário, proceder com a devida análise da ponderação entre os princípios constitucionais da soberania dos veredictos e da não culpabilidade.

2) Prisão Preventiva

2.1) Da Alegativa de Ausência de Requerimento do Ministério Público

Em relação ao argumento da ilegalidade da prisão preventiva pela ausência de pedido expresso do órgão acusatório, *percebe-se que o aludido requerimento fora realizado no momento dos debates orais, em plenário, conforme esclarecido em decisão prolatada na data de 12/12/2020 (págs. 17.475 – 17.477) pela magistrada singular em sede de embargos de declaração opostos pelo parquet*. Assim, não há se falar em violação ao Código de Processo Penal.

Aqui, importante frisar que o magistrado de piso possui fé pública nas suas afirmações e o conteúdo destas conta com presunção de veracidade a qual, enquanto não contestada mediante elementos concretos, devidamente demonstrados por prova pré-constituída, deve ser mantida.

2.2) Fundamentação Idônea da Decisão

Quanto ao pleito de ausência de fundamentação na decretação da prisão preventiva, *verifica-se que a juíza de planície apresentou como argumento para segregação cautelar do paciente a garantia da ordem pública, diante da periculosidade em concreto do paciente e do temor gerado nas testemunhas, in verbis (pág. 37):*

Outrossim, reputo que o crime em questão foi praticado de forma cruel, brutal, com modus operandi consistente no assassinato das vítimas, esposa e filha uma delas com menos de um ano, enquanto dormiam, em total descompasso com a confiança depositada à figura do marido e pai, denotando alta periculosidade em concreto, apta a fundamentar a garantia da ordem pública.

As próprias testemunhas demonstraram grande temor para comparecerem em plenário. Uma delas, arrolada pela defesa, recusou-se até mês (sic) em receber o mandado de intimação. Tantas foram as outras que expressamente disseram temer que o acusado façam-lhe algum mal.

Dito isto, percebe-se que *a fundamentação da juíza a quo encontra-se adequada para o caso em comento, porquanto o crime fora perpetrado em desfavor da própria cônjuge e filha, tendo esta apenas 08 (oito) meses de idade na data dos fatos, utilizando instrumento perfurocontundente, qual seja, arma de fogo, sendo ainda os atos praticados no período em que as vítimas encontravam-se dormindo em um quarto da casa onde a família encontrava-se, conforme decisão dos jurados – representantes legais do Estado na análise de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, alínea “d”, da Constituição Brasileira).*

Destaca-se que o Conselho dos Sete compreendeu pela existência das qualificadoras previstas nos incisos I, IV e VI do § 2º do art. 121 do Código Penal, *delito este que resultou na reprimenda de 82 (oitenta e dois anos) de reclusão, mais 02 (dois) anos pelo crime de porte ilegal de arma de fogo, perfazendo uma pena total de 84 (oitenta e quatro) anos de reclusão em regime fechado (págs. 24 – 38).*

Percebe-se que estão presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* (arts. 312 e 313, inciso I, ambos do CPP), devendo-se compreender e extrair do caso em tela *a imensurável gravidade do crime, bem como o efetivo risco que o estado de liberdade do paciente pode resultar, pois pelas circunstâncias como o delito fora perpetrado, não se pode ignorar a possibilidade da prática de novos crimes ou até mesmo de fuga, haja vista a condenação de quase um século de prisão, algo equiparável em sua duração a uma prisão perpétua, considerando-se a idade atual do réu.*

É sabido que o julgador além de averiguar o *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, deve também analisar se a prisão está em consonância com os arts. 312, § 2º e 315, § 1º, ambos do CPP – redações incluídas pela Lei n. 13.964/2019.

Destaca-se que o legislador inseriu nos dispositivos acima o mesmo texto, quando dispõe sobre fatos novos ou contemporâneos: *"existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada"*.

Impende demonstrar que há no *caso sub examine* fato novo para decretar a prisão preventiva em desfavor do paciente, pois no instante em que há um procedimento especial do júri (procedimento bifásico), pode-se compreender que o fato novo está atrelado ao momento da sentença condenatória prolatada em plenário, no qual foi aplicada uma pena extremamente rigorosa baseada em decisão que goza de soberania e cujas chances de reforma são ínfimas (vide dados estatísticos citados pelo Min. Luis Roberto Barroso, no REExt 1.235.340), o que faz crer que o réu – no caso de confirmação da condenação – poderia não se recolher voluntariamente ao cárcere, colocando em risco a efetividade do sistema de justiça criminal e a própria proteção ao bem jurídico.

Neste contexto, não é coerente e nem mesmo razoável interpretar o fato novo somente quando fosse motivado por ato praticado pelo paciente/réu, por exemplo, incidência de novos crimes e descumprimento de medidas cautelares diversas da detentiva, pois é inegável que se está, atualmente, diante de outro contexto fático no qual o réu foi inserido, na medida em que à época da soltura pelo STJ (em razão do reconhecimento do excesso de prazo na formação da culpa), o paciente não tinha contra si veredicto soberano dos jurados no sentido de reconhecer contra ele, materialidade e autoria delitivas dos crimes submetidos a julgamento, impondo-se-lhe uma sanção de 84 (oitenta e quatro) anos de reclusão.

O legislador, ao inserir "fatos novos", não restringiu tais ações como decorrentes somente do paciente/réu, sendo admissível e plausível compreender que há fato novo no caso *sub examine*, em decorrência do novo contexto oriundo do posicionamento adotado pelo Conselho dos Sete no sentido de condenar o réu pelo crime de homicídio qualificado a uma pena equiparável quanto à sua duração à prisão perpétua, se considerada a idade atual do réu.

Ultrapassado este ponto, frise-se que o fato de as testemunhas se sentirem temerosas com a possibilidade de o réu fazer-lhes mal também justifica a segregação cautelar, cabendo lembrar que, conforme indicado pela magistrada, houve recusa para receber o mandado de intimação e comparecer em plenário inclusive por parte de pessoa arrolada pela defesa.

Apenas para ilustrar, colaciono abaixo trecho das informações enviadas pela juíza acerca do tema (págs. 84/90):

Ao réu foi negado o direito de recorrer em liberdade, a teor do disposto na alínea "e" Inciso I, do art. 492 do Código de Processo Penal, modificação instituída por força da Lei n. 13.294/19, conhecida como Pacote Anticrime e também pelo fato de algumas testemunhas afirmarem expressamente o temor em depor na frente do acusado ou na sua soltura, como se vê na ata de julgamento e é de conhecimento da acusação e defesa. Neste

particular, registra-se que a testemunha Paloma, precisou ser acompanhada durante a inquirição, mostrando nítido temor em prestar o depoimento, passando mal por diversas vezes, sendo, inclusive, acompanhada por sua advogada no ato. A testemunha Fernanda, arrolada pela defesa, negou-se a comparecer em plenário e até mesmo em receber o mandado de intimação, situações que no entender desta magistrada revelaram a necessidade da segregação cautelar, como delineado na decisão que negou ao réu o direito de recorrer em liberdade.

Tais circunstâncias narradas, além de demonstrarem o periculum libertatis do paciente, também decorreram de fatos posteriores à soltura realizada pelo STJ, podendo assim fundamentar o ergástulo em face da existência de fato novo.

Da sentença respectiva condenatória confirmada pelo Tribunal de origem, extrai-se (fls. 42-49):

De início, a Lei n. 13.294/19, conhecida por Pacote Anticrime, institui recentemente importantes modificações na legislação penal, processual penal e especial penal.

Dentre estas alterações, *pontuo a inovação legislativa que ponho em relevo para fundamentar a presente decisão, qual seja, o art. 492, I, alínea “e” do Código de Processo Penal*, in verbis:

[...]

Com efeito, estas alterações legislativas vêm direcionando o entendimento dos tribunais e, desde o imperativo da sua vigência, *admitem a negativa ao direito de recorrer em liberdade diante de pena condenatória, em razão do quantum mínimo aplicado pelo júri popular.*

Observa-se portanto, *que o caso concreto se adequa em plena e perfeitamente ao supracitado dispositivo legal.* Confira-se:

Ao acusado Marcelo Barberena Moraes foi aplicada a pena de 82 anos, sob o regime de cumprimento inicial fechado. Dito isto, considerando o supracitado dispositivo, o recolhimento do acusado é medida que se impõe.

Didaticamente, na alínea “e”, inciso I, art. 492 do Código de Processo Penal, o legislador preceitua o recolhimento do apenado pode se dá “*se presentes os requisitos da prisão preventiva ou no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão*”.

O dispositivo é claro.

Essa é a inovação trazida pelo Pacote Anticrime ao que tange a execução provisória após condenação pelo Tribunal do júri, que goza de plena aplicabilidade e eficácia, embora reconhecida em sede de repercussão geral.

[...]

Em homenagem ao dispositivo legal, em recente julgado, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, assim entendeu:

[...]

Por fim, importante pontuar que mesmo que haja a interposição de recurso, faço alusão ao princípio da soberania dos veredictos, para fazer valer a soberania popular ao que se refere ao desejo do juiz leigo em que o réu seja condenado pelos crimes a eles imputados.

Outrossim, reputo que o crime em questão foi praticado de forma cruel, brutal, com modus operandi consistente no assassinato das vítimas, esposa e filham uma delas com menos de um ano, enquanto dormiam, em total descompasso com a confiança depositada à figura do marido e pai, denotando alta periculosidade em concreto, apta a fundamentar a garantia da ordem pública.

As próprias testemunhas demonstraram grande temor para comparecerem em plenário. Uma delas, arrolada pela defesa, recusou-se até mesmo em receber o mandado de intimação. Tantas foram as outras que expressamente disseram temer que o acusado façam-lhe algum mal.

Outrossim, o excesso de prazo reconhecido pelo C. STJ, ante o veredicto do Tribunal Popular, resta superado.

Presentes, portanto os requisitos autorizadores da prisão cautelar, na forma do art. 312 do CPP, **decreto** a prisão preventiva do acusado.

Dos excertos, observa-se que as instâncias ordinárias negaram o direito ao recurso em liberdade devido à condenação pelo Júri à pena superior a 15 anos de reclusão, a ensejar a execução provisória, e à gravidade concreta da conduta decorrente do *modus operandi* empregado, a denotar periculosidade real do paciente, a fim de garantir a ordem pública.

Dispõe o art. 492, I, “e”, do CPP que, no caso de condenação, o juiz Presidente do Tribunal do Júri “mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, *se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos*”.

Sobre a possibilidade de execução provisória da pena, como decorrência automática da condenação proferida pelo Tribunal do Júri, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem se manifestando contrariamente à possibilidade, em conformidade do entendimento adotado pelo Supremo

Tribunal Federal nas ADCs 43, 44 e 54, consoante se observa dos seguintes julgados:

Habeas corpus. Tribunal do Júri. Homicídio qualificado. Execução provisória da pena. Condenação proferida pelo Tribunal do Júri. Ausência de trânsito em julgado. Habeas corpus concedido.

1. Após o julgamento da Suprema Corte das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, houve alteração legal no art. 492, inc. I, alínea “e”, do CPP, em que é determinado que o Juiz Presidente do Tribunal de Júri proferirá sentença que, em caso de condenação, “mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos”.

2. Contudo, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que é ilegal a execução provisória da pena como decorrência automática da condenação proferida pelo Tribunal do Júri.

3. Habeas corpus concedido para obstar as execuções provisórias das penas impostas aos pacientes (HC 623.107/PA, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020).

Habeas corpus. Processo Penal. Triplo homicídio, lesão corporal e uso de documento falso. Embriaguez na direção veicular. Prisão preventiva. Prisão automática decorrente de condenação proferida por Tribunal do Júri. Impossibilidade. Necessidade de fundamentos concretos. Constrangimento ilegal evidenciado.

1. O decreto de prisão, *in casu*, está calcado no entendimento de que seria possível a execução provisória da pena, ante o veredicto condenatório proferido pelo Tribunal do Júri.

2. No âmbito desta Corte Superior, é ilegal a prisão preventiva, ou a execução provisória da pena, como decorrência automática da condenação proferida pelo Tribunal do Júri. Precedentes.

3. A compreensão do Magistrado, ainda que calcada em precedente oriundo da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não foi endossada pelo Plenário daquela Corte. Nesse toar, cabe salientar que existe precedente posterior da Segunda Turma do STF julgando pela impossibilidade da execução provisória da pena, mesmo em caso de condenação pelo Tribunal do Júri (STF: HC n. 163.814/MG, Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 19/11/2019). Vale ressaltar, ainda, que a referida decisão da Primeira Turma do STF foi tomada antes do resultado das ADCs n. 43/DF, n. 44/DF e n. 54/DF, julgadas em 7/11/2019.

4. Ordem concedida para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, ressalvada a existência de motivos concretos, novos ou contemporâneos que justifiquem a necessidade da prisão preventiva. Liminar confirmada (HC 560.640/ES, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 01/12/2020, DJe 04/12/2020).

Agravo regimental no *habeas corpus*. *Tribunal do Júri*. Pretendida extensão da absolvição do corréu. Impossibilidade. Anulação da Sessão do Júri. Exame aprofundado de provas. Necessidade. Impossibilidade de análise na via eleita. *Inviabilidade da execução provisória da pena*. Agravo regimental parcialmente provido.

1. A constatação da existência de erro na valoração das provas pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri a autorizar a absolvição do paciente, demanda o exame aprofundado de provas, o que não pode ser feito na via estreita do *mandamus*.

2. Não pode ser estendida a absolvição do corréu ao ora paciente, haja vista que foi seu veículo, o qual estava em velocidade excessiva, que colidiu com o motociclista e causou a sua morte.

3. *O Supremo Tribunal Federal - STF assentou a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal - CPP em 7/11/19, razão pela qual decisões anteriores que permitiam a execução provisória da pena fundada no esgotamento das instâncias ordinárias devem ser afastadas.*

4. Agravo regimental parcialmente provido para suspender a execução provisória da pena imposta ao paciente (AgRg no HC 541.496/SC, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 01/09/2020, DJe 08/09/2020)

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, apreciando as ADCs 43, 44 e 54, firmou compreensão quanto à constitucionalidade do art. 283 do CPP, segundo o qual “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”, em consonância com o princípio da presunção de inocência.

No entanto, em sessões virtuais realizadas de 24/4/2020 a 30/4/2020, ao apreciar o RE 1.235.340/SC, em repercussão geral, o Ministro Roberto Barroso, relator, deu provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público para fixar a tese de que “A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada” (Tema 1.068), no que foi acompanhado pelo Ministro Dias Toffoli, segundo o qual a única exceção ao

não cabimento da execução provisória é a sentença proferida pelo Tribunal do Júri, que, de acordo com a Constituição, é soberano em suas decisões, como se fosse uma instância única.

O Ministro Gilmar Mendes, votando em seguida, negou provimento ao recurso extraordinário de modo a manter a vedação à execução imediata da pena imposta pelo Tribunal do Júri, assentando a seguinte tese: “A Constituição Federal, levando em conta a presunção de inocência (art. 5º, inciso LV), e a Convenção Americana de Direitos Humanos, em razão do direito de recurso do condenado (art. 8.2.h), vedam a execução imediata das condenações proferidas por Tribunal do Júri, mas a prisão preventiva do condenado pode ser decretada motivadamente, nos termos do art. 312 do CPP, pelo Juiz Presidente a partir dos fatos e fundamentos assentados pelos Jurados” e, ao final, declarava a inconstitucionalidade da nova redação determinada pela Lei 13.964/2019 ao art. 492, I, e, do Código de Processo Penal.

Pediu vista dos autos o Ministro Ricardo Lewandowski, estando o feito suspenso.

Como se vê, a controvérsia gira em torno dos princípios da soberania dos veredictos e da não culpabilidade antecipada, cujo conflito deve ser dirimido pelo magistrado, à luz do princípio da proporcionalidade, por meio da valoração dos interesses em concreto.

Nesse sentido, se prevalecer a soberania dos veredictos, possível a execução provisória da pena logo após o veredicto do Tribunal do Júri. Por outro lado, se prevalecer a não culpabilidade antecipada, somente será possível executar a pena após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial, não se revestem de caráter absoluto, estando sujeitos, portanto, a juízos de ponderação no caso concreto, sopesando as relações de precedência entre os princípios fundamentais concorrentes.

A Constituição Federal reconhece a instituição do júri, atribuindo-lhe a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, assim como a soberania sobre os veredictos, o que significa dizer que sua decisão não pode ser substituída por pronunciamento de qualquer outro tribunal (art. 5º, XXXVIII).

Ademais, o direito à vida é valor fundamental primário, que se insere na categoria dos direitos inerentes à pessoa humana, sendo condição *sine qua non* a todos os demais bens jurídicos, possuindo proteção expressa no art. 5, *caput*, da Constituição Federal e no art. 121 do Código Penal.

Nessa linha, como apontou o Ministro Barroso em seu voto no RE 1.235.340/SC, “Viola sentimentos mínimos de justiça, bem como a própria credibilidade do Poder Judiciário, que o homicida condenado saia livre após o julgamento, lado a lado com a família da vítima. Essa situação se agrava pela indefinida procrastinação do trânsito em julgado, mediante recursos sucessivos, fazendo com que a pena prescreva ou seja cumprida muitos anos após o fato criminoso”.

Nesse contexto, culpa e prisão não podem ser consideradas como entidades caracterizadoras do mesmo mandado normativo, uma vez que, da própria ordem constitucional, decorre a possibilidade de segregação sem declaração inequívoca de culpa, “em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (art. 5º, LXI, CRFB).

No caso, além de condenado à pena de 82 anos de reclusão, negou-se o direito de recorrer em liberdade, com base na garantia da ordem pública, tendo em vista que “o crime em questão foi praticado de forma cruel, brutal, com *modus operandi* consistente no assassinato das vítimas, esposa e filha, uma delas com menos de um ano, enquanto dormiam, em total descompasso com a confiança depositada à figura do marido e pai, denotando alta periculosidade em concreto, apta a fundamentar a garantia da ordem pública”.

Ademais, salientou-se que “As próprias testemunhas demonstraram grande temor para comparecerem em plenário. Uma delas, arrolada pela defesa, recusou-se até mesmo em receber o mandado de intimação. Tantas foram as outras que expressamente disseram temer que o acusado façam-lhe algum mal”.

Mostra-se, portanto, idônea a negativa de apelar em liberdade, seja em face da condenação pelo Júri à pena superior a 15 anos de reclusão, a ensejar a execução provisória da pena, nos termos do art. 492, I, “e”, do CPP, seja devido ao *modus operandi* consistente no assassinato de esposa e filha com menos de um ano de idade, enquanto dormiam, a evidenciar conduta violenta e periculosidade real, para fins de garantir a ordem pública, nos termos do art. 312 do CPP. Nesse sentido:

Processo Penal. **Habeas corpus**. Duplo homicídio qualificado e triplo homicídio qualificado tentado na direção de veículo automotor. Omissão de socorro e fuga do local do acidente. Prisão preventiva. Sentença de pronúncia. Negativa do direito de recorrer em liberdade. Garantia da ordem pública. Gravidade concreta. **Modus operandi**. Reiteração delitiva.

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o *periculum libertatis*.

[...]

4. No caso, a prisão foi mantida em decorrência do *modus operandi* e da periculosidade do agente, evidenciada pela prática, em tese, de duplo homicídio qualificado e triplo homicídio qualificado tentado na direção de veículo automotor, porquanto “abalroou um carro de família, matando pai e filha, enquanto os outros dois passageiros (mãe e filha) encontram-se hospitalizados em estado grave”; “deixando de prestar socorro às vítimas do acidente, fugindo do local”. Além disso, consignou-se que o paciente possui maus antecedentes, por haver condenação anterior pela prática de crime semelhante, já que “se envolveu em acidente de trânsito com resultado morte, oportunidade em que teria invadido a pista contrária e causado o acidente que vitimou o motociclista”, o que justifica a decretação e a manutenção da prisão preventiva e a consequente negativa do direito de recorrer em liberdade.

5. As teses de negativa de autoria e de erro na qualificação do tipo por não configurar delito doloso não foram conhecidas na origem por reiteração de pedidos enfrentados anteriormente, cujo acórdão não foi acostado aos presentes autos, impedindo, assim, o exame da matéria.

6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

(HC 633.188/PR, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 13/04/2021, DJe 20/04/2021)

Habeas corpus. *Homicídio duplamente qualificado e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Condenação. Excesso de prazo no julgamento da apelação. Inocorrência. Trâmite regular do feito. Mora provocada em parte pela defesa. Súmula n. 64 do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Razoabilidade. Pena de 16 anos de reclusão. Negativa do direito de recorrer em liberdade. Manutenção dos fundamentos da prisão preventiva. Periculosidade do agente. Gravidade concreta do delito. **Modus operandi.** Crime cometido em virtude de briga em bar. Reiteração delitiva. Necessidade de garantia da ordem pública. Réu que permaneceu preso durante a instrução do processo. Inovação. Inexistência de *reformatio in pejus*. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Constrangimento ilegal não evidenciado. *Habeas corpus* denegado.*

[...]

5. O recurso em liberdade foi adequadamente negado, tendo as instâncias ordinárias demonstrado, com base em elementos concretos, a periculosidade do paciente e a gravidade do delito, evidenciadas pelo *modus operandi* da conduta criminosa - em razão de desentendimento por dívida em bar, ao ser abordado para

o pagamento da conta, o paciente proferiu disparos com arma de fogo em direção à vítima, em plena via pública, ocasião em que acertou-lhe um tiro na cabeça e, em consequência, retirou-lhe a vida. Conforme consignado, o paciente, ainda, responde a outras acusações por crimes como lesão corporal, ameaça, dano, vias de fato e lesão corporal em situação de violência doméstica, demonstrando fortes indícios de inclinação para a atividade delituosa, de modo a justificar a custódia cautelar para que se evite reiterações criminosas.

6. A prisão processual está devidamente fundamentada na garantia da ordem pública, não havendo falar, portanto, em existência de evidente flagrante ilegalidade capaz de justificar a sua revogação.

7. Tendo o paciente permanecido preso durante toda a instrução processual, não deve ser permitido recorrer em liberdade, especialmente porque, inalteradas as circunstâncias que justificaram a custódia, não se mostra adequada sua soltura depois da condenação em Juízo de primeiro grau.

8. Ainda que se reconheça que o Tribunal *a quo* teria acrescentado fundamento ao decreto prisional exarado em primeiro grau - ao afirmar que o paciente poderia gerar risco à instrução criminal -, a sua segregação subsiste em razão da necessidade de resguardar a ordem pública, diante de sua expressiva periculosidade e da gravidade concreta do crime, elementos que já haviam sido utilizados pelo Juízo Singular e que se mostram idôneos para justificar a imposição da constrição antecipada, como já explanado acima. Ademais, somente se verifica a existência de *reformatio in pejus* quando, em recurso exclusivo da defesa, o Tribunal promove o agravamento da situação do acusado, o que não se percebe na hipótese dos autos.

9. Esta Corte Superior possui entendimento firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis do agente, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, não representa óbice, por si só, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela.

Habeas corpus denegado (HC 433.855/MS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 17/08/2018).

Vale destacar que, conforme consta do acórdão atacado, “Em relação ao argumento da ilegalidade da prisão preventiva pela ausência de pedido expresso do órgão acusatório, percebe-se que o aludido requerimento fora realizado no momento dos debates orais, em plenário, conforme esclarecido em decisão prolatada na data de 12/12/2020 (págs. 17.475 – 17.477) pela magistrada singular em sede de embargos de declaração opostos pelo *parquet*”.

Ao acolher embargos de declaração, esclareceu a magistrada que, “em seus debates orais, o Ministério Público requereu a prisão preventiva do acusado, com base no recente entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, o que motivou o decreto prisional preventivo do acusado” (fl. 55).

Ante o exposto, e apesar de cuidar-se de matéria ainda suscetível de debates, denego a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 649.103-ES (2021/0062503-0)

Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro

Impetrante: Sandro Americano Camara e outros

Advogados: Delano Santos Câmara - ES007747

Raphael Americano Câmara - ES008965

Sandro Americano Câmara - ES011639

Frederico Donati Barbosa e outro(s) - DF017825

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

Paciente: Luis Claudio Ferreira Sardenberg (Preso)

Interes.: Ministério Público do Estado do Espírito Santo

EMENTA

Processo Penal. *Habeas corpus*. Homicídio qualificado. Execução provisória da pena privativa de liberdade. Pena igual ou superior a 15 anos de reclusão. Art. 492, I, “e”, do CPP. Impossibilidade. Entendimento do Supremo Tribunal Federal não alterado. Julgamento do RE n. 1.235.340 não concluído. Ordem concedida.

1. O Supremo Tribunal Federal decidiu, nas ADCs n. 43, 44 e 54, pela constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal. Assim, ressalvadas as hipóteses em que estão presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva ou temporária, é constitucional a regra que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para que então seja iniciado o cumprimento definitivo da pena.

2. Não se desconhece que a possibilidade de execução provisória nas condenações proferidas pelo Tribunal do Júri, com pena igual ou superior a 15 anos de reclusão, está sendo apreciada pelo Supremo

Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 1.235.340 – Tema n. 1.068, contudo, o julgamento ainda não foi concluído.

3. Dessa forma, mantém-se o entendimento, nesta Corte Superior, pela impossibilidade de execução provisória da pena, ainda que em condenação proferida pelo Tribunal do Júri com reprimenda igual ou superior a 15 anos de reclusão. Precedentes.

4. *Habeas corpus* concedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder o *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o(a) Adv(a) Sandro Americano Câmara, pela parte paciente: Luis Claudio Ferreira Sardenberg

Brasília (DF), 03 de agosto de 2021 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Relator

DJe 12.8.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de *Luis Claudio Ferreira Sardenberg* apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (*Habeas Corpus* n. 0024072-57.2020.8.08.0000).

Os autos dão conta de que o paciente foi condenado, por infração ao art. 121, § 2º, I, III e IV, do Código Penal (homicídio consumado, qualificado pelo motivo torpe, praticado por meio cruel e pelo recurso que dificultou a defesa da vítima), à pena de 23 anos e 3 meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, tendo sido, por ocasião da prolação da sentença em 12/11/2020, determinada a imediata execução da pena (e-STJ fls. 36/47).

Impetrado *habeas corpus* na origem, a ordem foi denegada nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 275/276):

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, pelo do Código Penal. 1. Condenação Tribunal do Júri. Execução provisória antes do trânsito em julgado. Entendimento do Supremo Tribunal Federal. Possibilidade. Nova redação do art. 492, I, alínea 'e', CPP. Prisão domiciliar. Impossibilidade. Ordem denegada.

1. A soberania dos veredictos assegura que o mérito das deliberações dos jurados não está sujeito à revisão pelo Poder Judiciário, somente anulação razão pela qual, em grau de recurso, se do admite a reanálise da pena ou a julgado em vista de possível discordância manifesta com as provas dos autos, circunstância em que será o caso novamente apreciado pelo Conselho de Sentença, jamais pelo Tribunal;

2. Partindo-se da intangibilidade material do veredicto, que torna o conteúdo da imputação insuscetível de reavaliação pelos magistrados togados, formou-se entendimento acertadamente sólido no sentido de que a culpa formada na sessão de julgamento é suficiente para que se dê início à execução da pena determinada pela sociedade. Precedentes da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.

3. Considerando a possibilidade de execução antecipada da pena imposta pelo Tribunal do Júri, é indiferente o fato de o réu ter ou não respondido em liberdade o processo, na medida em que não se discute a cautelaridade da segregação.

4. O artigo 492, inciso 1, alínea "e", alterado pela Lei no 13.964/19, viabiliza que em casos de condenação a uma pena igual ou maior a 15 anos pelo Tribunal do Júri, o magistrado determine a execução provisória da pena, sem prejuízo da interposição dos recursos.

5. Considerando que a custódia assume natureza de sanção penal propriamente dita, impossível acolher o pedido de deferimento de prisão domiciliar, normalmente cabível em substituição à prisão preventiva, a teor do artigo 318, do Código de Processo Penal. Além disso, nem mesmo há prova idônea no sentido de ser o paciente o único responsável pelos cuidados e pelo sustento das filhas.

No presente *writ*, a defesa afirma que, “no caso em apreço, à míngua de outros motivos para a segregação cautelar do paciente, não poderia concluir a Corte local pela **execução automática** da condenação pelo Júri – notadamente ante os recentes julgamentos proferidos pelo STF nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 53 – redundando daí a **teratologia** que enseja a superação da Súmula 691 da Excelsa Corte” (e-STJ fl. 6).

Sustenta que, “a pretexto de haver o respaldo de precedentes da Suprema Corte aptos a autorizar a execução imediata da condenação, o decreto de piso, encapado pela decisão monocrática aqui objurgada, vale-se de adaptações impróprias desses mesmos julgados para tratar do caso em análise, impropriedades essas que, tanto por isso, não são idôneas a infirmar o direito do paciente em responder em liberdade o apelo já interposto, visto não haver motivos para a sua custódia cautelar após **vinte e quatro anos** em liberdade sem sofrer qualquer ação penal, e presente em todos os atos processuais” (e-STJ fl. 9).

Assevera que “não se mostra adequado dissociar o preceito que subjaz dos julgamentos em questão (ADCs 43, 44 e 54), tomados pelo STF em controle abstrato de constitucionalidade, para, à míngua de decisão vinculante em sentido contrário, presumir que a hipótese de condenação pelo Tribunal de Júri não estaria sob o alcance dos referidos precedentes – estes, sim, com força **vinculante!** – quanto ao necessário trânsito em julgado da condenação. A propósito, é do próprio STF o recente pronunciamento, sufragado no HC 163.814/MG, segundo o qual a condenação imposta pelo Tribunal do Júri não pode ser executada automaticamente, ‘se inexistente outro motivo para a segregação do paciente e se ausentes fundamentos concretos de prisão preventiva’, notadamente porque a Corte já havia fixado as teses quanto à constitucionalidade 283 do CPP (ADCs 43, 44 e 54), a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória de **qualquer natureza**, determinando, **indistintamente**, o alcance do princípio constitucional da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII)” – e-STJ fls. 11/12.

Alega que “a tese adotada nas ADCs 43, 44 e 54 deve ser aplicada a **todas** as hipóteses de sentenças penais condenatórias, **inclusive** àquelas proferidas pelo Tribunal do Júri, conforme assentado pela própria Excelsa Corte (HC 163.814/MG)” – e-STJ fl. 14.

Aduz, ainda, que “o decreto de custódia **não** está motivado à luz do que prescreve o artigo 312 do CPP, mesmo porque o paciente aguardou em liberdade **longos 24 anos** até o julgamento pelo Tribunal do Júri, comparecendo a todos os chamamentos judiciais dirigidos ao seu endereço residencial, sobretudo nos últimos anos. Os mandados que intimavam o paciente para comparecer à sessão do júri foram **todos cumpridos** sem qualquer indicação de resistência do réu, que os recebeu prontamente como o fez ao longo da marcha processual. **Luiz Cláudio** é pai de **três filhos**, formado em **Ciências Contábeis**, casado há 14 anos, tem endereço fixo – tanto que intimado sempre no mesmo endereço –, além de ser sócio de empresa devidamente registrada na **Junta Comercial** desde 13.06.1991 e não apresenta qualquer antecedente criminal. Não há registro de ameaças ou comportamento inadequado do custodiado ao longo de tantos

anos, sendo certo que sempre atendeu ao chamamento do Poder Judiciário, mantendo vida pessoal e profissional imaculadas” (e-STJ fl. 20).

Por isso, requer “seja deferida a **ordem liminar de habeas corpus**, para determinar a imediata soltura do paciente e, no **mérito**, pede seja cassada a ordem de prisão, mantendo em liberdade o paciente, até o eventual trânsito em julgado da sentença condenatória” (e-STJ fl. 19).

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 304):

Habeas corpus substitutivo. Execução provisória. Condenação emanada do Tribunal do Júri. Artigo 492, I, e, do CPP. Possibilidade. Ausência de constrangimento ilegal. Pena superior a 15 anos de reclusão. Presunção de constitucionalidade das leis. Soberania dos veredictos. Ausência de excesso de prazo para julgamento da apelação. Pelo não conhecimento do habeas corpus. No mérito, pela denegação da ordem. Pedido de prioridade no julgamento e para que seja informada a sua inclusão em mesa para julgamento.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): O objeto do presente recurso cinge-se à possibilidade de execução automática da pena imposta pelo Tribunal do Júri quando superior a 15 anos de reclusão, nos termos do art. 492, I, e, do Código de Processo Penal.

Insta consignar, preliminarmente, que a regra, em nosso ordenamento jurídico, é a liberdade. Assim, a prisão de natureza cautelar revela-se cabível tão somente quando, a par de indícios do cometimento do delito (*fumus commissi delicti*), estiver concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Decorre de comando constitucional expresso que ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI). Portanto, há de se exigir que o decreto de prisão preventiva esteja sempre concretamente fundamentado.

No caso, a sentença condenatória determinou o início da execução provisória da pena, nos seguintes termos (e-STJ fls. 44/48):

4 — Da execução imediata da pena após a condenação pelo Tribunal do Júri

Em razão do disposto no artigo 492, inciso I, e, do Código de Processo Penal, passo a me manifestar acerca da necessidade do início do cumprimento da pena após a condenação realizada pelo Tribunal Popular do Júri.

Registro que, após a votação dos jurados, o I. Representante do Ministério Público requereu a expedição do mandado de prisão, com fundamento na necessidade de execução imediata da pena das sentenças proferidas pelo Tribunal do Júri, considerando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, relativo à matéria. O assistente de acusação, por sua vez, pugnou pela decretação da prisão preventiva, com fundamento na necessidade de se garantir a aplicação da lei penal, visto que o condenado permaneceu foragido por quase um ano durante a instrução processual, quando decretada a sua prisão preventiva.

Importante ressaltar, a despeito dos requerimentos da acusação, que a necessidade de se avaliar o imediato início do cumprimento da pena ou mesmo a decretação eventual da custódia cautelar, decorre automaticamente da prolatação da sentença condenatória, que determina que o magistrado promova a indispensável análise dessas circunstâncias. O dispositivo assim dispõe:

[...]

Sabe-se que a Constituição Federal prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, prevendo, ainda, a soberania de seus veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, e, CF). Referido princípio significa que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo Júri e, no caso de provimento de recurso, apenas determinar que o réu vá a novo julgamento, jamais, no mérito, reformando o julgado. Partindo desses vetores, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do FIC 118.770, decidiu que não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. É a ementa:

[...]

Esse entendimento está em consonância com a lógica do precedente firmada em repercussão geral no ARE 964.246-RG, de relatoria do Min. Teori Zavascki, já que, também no caso de decisão do júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri.

Nessa conjuntura, a 1ª Turma da Suprema Corte proclamou a seguinte tese: “a prisão do réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade”.

Por sua vez, no julgamento do Habeas Corpus 139.612/MG, agora em 25.04.2017, tal orientação encontrou guarida também no escólio do Ministro Alexandre de Moraes, ocasião em que, ao discorrer sobre a execução provisória da pena, a Ministra Rosa Weber afirmou "(...) pena esta imposta em condenação por decisão ainda não transitada em julgado, mas e esse aspecto é o diferencial — imposta pelo Tribunal do Júri, prevalecendo aqui, na minha compreensão, o princípio da soberania dos veredictos. Pelo menos foi o que entendemos em julgamento há cerca de um mês, em processo da relatoria de Vossa Excelência, Presidente, em que redator para o acórdão o Ministro Luis Roberto Barroso, especificamente o HC 118.770, de cujo julgamento participei." (grifei).

Tal entendimento foi confirmado pelo Plenário do E. STF, por maioria de votos, no julgamento do Habeas Corpus registrado sob o n. 152.752 e mesmo em caso de entendimento contrário, precisamente no caso do Ministro Dias Tófoli, foi feita a ressalva de que tanto não se aplicava a o Tribunal do Júri, notadamente em virtude da soberania dos veredictos, o que foi reafirmado na recente decisão plenária em que se concluiu pela inconstitucionalidade da prisão após o julgamento em segundo grau.

No caso, o Conselho de Sentença revela-se como uma imposição constitucional decorrente da forma de associação política adotada, que é a democracia participativa, e não mera democracia representativa, exteriorizada no artigo 5º, inciso XXXVIII, da Lei Maior. É denominada em doutrina "justiça democrática", na qual a própria sociedade desponta amando na administração da justiça com direito a voto soberano, secreto e imotivado, tal como ocorre no exercício do direito de sufrágio concernente à capacidade eleitoral ativa.

Dai porque necessário reconhecer aplicação imediata ao veredicto do Conselho de Sentença, composto por pessoas do povo, que são os verdadeiros titulares do poder e estão a exercê-lo direta e soberanamente, de modo que nenhum juiz, desembargador ou ministro poderá substituí-lo, mesmo porque a Lei Maior lhe atribui a última palavra nos crimes dolosos contra a vida. Eventual recurso não tem o condão de modificar o mérito da decisão soberana, mas apenas, e tão somente, de submeter o réu a novo julgamento em casos de reconhecimento de nulidade ou que a decisão é contrária a prova dos autos, ou, ainda, redimensionar a pena aplicada.

E se assim o é, não há razão jurídica plausível para se aguardar o trânsito em julgado de urna deliberação que, na linha do preconizado pela Suprema Corte, não ofende o postulado constitucional da presunção de inocência, porquanto a culpa já foi formada soberanamente.

Deve, assim, prevalecer o postulado constitucional da soberania dos veredictos, aliado ao da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), garantidor não só do acesso ao Poder Judiciário, mas também da efetiva, adequada e tempestiva prestação jurisdicional, o qual, em consonância com o princípio constitucional da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), exigem que seja conferida imediata efetividade à decisão soberana.

Por fim, registro que todos os julgados acima são anteriores à alteração legislativa inserida pela Lei n. 13.964, de 2019, que inseriu no dispositivo da norma do art. 492, I, alínea e, do Código de Processo Penal, que determinou que no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, perante o Tribunal do Júri, o Juiz determinará a execução provisória das penas, com expedição de mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos. Ou seja, a norma legislativa alterada, em comparação com o entendimento sedimentado pelo Excelso Pretório (que não estabelecia quantidade de anos — quinze — para a início do cumprimento da pena), é, nesse aspecto, benéfica. Desse modo, não há o que se falar em eventual retroatividade de aplicação de lei processual penal, de caráter híbrido, eventualmente maléfica.

Pelo exposto, *determino a imediata execução* da pena do acusado *Luiz Cláudio Ferreira Sardenberg*, pelos motivos expostos, determinando a expedição de mandado de prisão em seu desfavor, com data liminar para cumprimento em 11/11/2040.

O Tribunal de origem, ao analisar o *habeas corpus*, denegou a ordem, valendo-se dos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 283/291):

De início, ressalto que, de ordinário, a prisão imposta ou mantida antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por ser medida de índole excepcional, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, ou seja, em elementos vinculados à realidade, que demonstrem a imprescindibilidade da medida extrema. Este o panorama normativo que rege a prisão cautelar.

Aqui, diferentemente, discute-se a viabilidade de iniciar-se a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação. É certo que o entendimento dos tribunais a respeito do tema tem oscilado, sendo que o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal aponta para a inconstitucionalidade do cumprimento antecipado da reprimenda penal imposta pelo Juiz ou pelo Tribunal, antes do trânsito em julgado. É o que ficou decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43, que afirmou a higidez do artigo 283 do Código de Processo Penal:

[...]

Sucede, no entanto, que a presente hipótese guarda contornos mais específicos, em razão de a condenação criminal ter sido imposta pelo Tribunal do Júri.

O júri possui extração constitucional e qualifica-se como direito e garantia individual, sendo que, o art. 5º, XXXVIII, ao assentar os fundamentos do instituto, assegura-lhe a soberania no julgamento dos crimes dolosos contra a vida:

[...]

A soberania dos veredictos, tão claramente afirmada pelo texto constitucional, implica concluir que o mérito das deliberações dos jurados não está sujeito à revisão pelo Poder Judiciário. Esta a lição do Professor Frederico Marques 1;

[...]

Segue-se, pois, que em grau de apelo, somente se admite a reanálise da pena ou a anulação do julgado em vista de possível discordância manifesta com as provas dos autos, circunstância em que será o caso novamente apreciado pelo Conselho de Sentença, jamais neto Tribunal.

[...]

De consequência, partindo-se da intangibilidade material do veredicto, que torna o conteúdo da imputação insuscetível de reavaliação pelos magistrados togados, formou-se entendimento acertadamente sólido no sentido de que a culpa formada na sessão de julgamento é suficiente para que se dê início à execução da pena determinada pela sociedade.

No âmbito do Excelso Supremo Tribunal Federal, a matéria ainda não se vê pacificada, considerando a existência de entendimentos dissonantes recentes entre as colendas Primeira e Segunda Turmas. Aliás, a divergência persiste mesmo depois do julgamento da ADC 43, na medida em que a Colenda Primeira Turma continua aplicando firme entendimento daquele colegiada, no sentido de se admitir a pronta execução dos julgados do Tribunal Popular.

E não poderia ser diferente, já que nos debates havidos ocorridos no julgamento da ADC 43 restou claro que a execução provisória das sentenças do Tribunal do Júri não estava sendo apreciada em definitivo naquela ocasião. Posicionamentos discordantes foram sustentados em *obiter dictum*, sem força vinculante, portanto. Veja-se, por exemplo, que enquanto o Ministro Celso de Mello orientava-se pela inconstitucionalidade da execução antecipada de condenação imposta pelo Tribunal do Júri, entendimento oposto foi ventilado pelo Eminentíssimo Ministro Dias Toffoli.

Quisesse o Plenário decidir a questão, o teria feito expressamente. Mas não o fez, e o tema, em específico, atualmente aguarda apreciação definitiva, pelo Plenário da Corte máxima, nos autos do Recurso Extraordinário 1.235.340.

Em consulta ao andamento de referido recurso, observo que o julgamento já se iniciou, estando encartados ao feito os votos dos E. Ministros Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. A certidão de julgamento publicada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal em 4 de maio de 2020 atesta que os Ministros Roberto Barroso (Relator) e Dias Toffoli (Presidente), estão conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário do Ministério Público para negar provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, para fixar tese segundo a qual “A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada”. O Ministro Gilmar Mendes inaugurou divergência, negando

provimento ao recurso extraordinário de modo a manter a vedação à execução imediata da pena imposta pelo Tribunal do Júri. Os autos encontram-se com vista ao Ministro Ricardo Lewandowsky.

Logo, não se torna possível afirmar que a jurisprudência inclina-se para a tese apresentada nesta impetração. Em sentido contrário, é possível observar que a Colenda Primeira Turma do E. Supremo Tribunal Federal tem posicionamento firme e reiterado sobre a possibilidade de execução imediata dos veredictos do júri. Cito o mais recente:

[...]

Diante da tese aqui apresentada, parece-me indiferente o fato de o réu ter ou não respondido em liberdade o processo, na medida em que não se discute a cautelaridade da segregação, mas a possibilidade de cumprimento da sanção (prisão-pena).

Friso, não é caso de avaliar a necessidade de preservação do objeto processual, mas de dar início à satisfação da pretensão executória do título judicial emanado do Conselho de Sentença.

De mais a mais, relembro que a culpa formada no júri é precedida não só de um estágio pré-processual de investigações, mas de um procedimento bifásico: a acusação primeiro é submetida a uma fase de admissibilidade, que se conclui com a pronúncia, e depois é levada ao plenário do júri, admitindo-se, assim, dupla instrução. Entre uma e outra, a lei ainda prevê um recurso. Como resultado, não raro vê-se casos perturbadores em que a vítima ou seus parentes são obrigados a conviver com o agente, reforçando um grave sentimento de injustiça que surge da impunidade.

[...]

Em remate, trago a lume a nova redação do artigo 492, inciso I, alínea “e”, alteração legislativa inserta pela Lei n. 13.964/19, que viabiliza que, em casos de condenação a uma pena igual ou maior a 15 anos pelo Tribunal do Júri, o magistrado determine a execução provisória da pena, sem prejuízo da interposição dos recursos. Confira-se:

[...]

A redação acima, apesar de recentemente inserida na lei processual, encampa o entendimento pretoriano aqui já mencionado e serve de importante reforço argumentativo no sentido de ser possível a execução antecipada da pena imposta pelo Tribunal do Júri.

Concluo, pois, pela viabilidade da imediata execução da sentença condenatória imposta pelo Tribunal Popular do Júri.

Considerando que a custódia assume natureza de sanção penal propriamente dita, impossível acolher o pedido de deferimento de prisão domiciliar,

normalmente cabível em substituição à prisão preventiva, a teor do artigo 318, do Código de Processo Penal.

Além disso, nem mesmo há prova idônea no sentido de ser o paciente o único responsável pelos cuidados e pelo sustento das filhas.

Ante o exposto, em consonância com a douta Procuradoria de Justiça, *conheço* do habeas corpus e *denego a ordem*.

É como voto.

Como é possível observar, as instâncias de origem determinaram o início da execução provisória da pena, com fundamento na soberania dos veredictos, na impossibilidade de alteração da condenação em recurso de apelação – sendo possível apenas a anulação da condenação e determinação de realização de novo Conselho de sentença, e amparados, ainda, na alteração legislativa promovida pela Lei n. 13.964/2019, a qual alterou o art. 492, I, *e*, do Código de Processo Penal, prevendo que:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I - no caso de condenação:

[...]

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;

Quanto ao tema, o Pretório Excelso, por maioria, quando do julgamento definitivo das ADCs n. 43, 44 e 54, julgou procedentes as ações para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Em outras palavras, definiu o Supremo Tribunal Federal que, ressalvadas as hipóteses em que estão presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva ou temporária, é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para que então seja iniciado o cumprimento definitivo da pena (ADCs n. 43, 44 e 54, Tribunal Pleno, relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 7/11/2019, ata de julgamento publicada em 11/11/2019).

Assim, apesar dos fundamentos apresentados na sentença e no acórdão proferido em *habeas corpus*, a jurisprudência desta Corte superior entende ser

indevida a execução provisória das penas, ainda que em condenação, proferida pelo Tribunal do Júri, igual ou superior a 15 anos de reclusão, por violação ao princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Nesse sentido:

Habeas corpus. Homicídio qualificado tentado. Condenação pelo Tribunal do Júri. Paciente que respondeu solto à ação penal. Prisão preventiva amparada na soberania dos veredictos. Impossibilidade. Ausência de fundamentação. Constrangimento ilegal caracterizado.

1. *Prevalece nesta Corte o entendimento de que não se admite a execução automática da condenação pelo Tribunal do Júri, sob pena de afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência.*

2. Na hipótese, o decreto prisional encontra-se fundamentado em decorrência da condenação do paciente pelo Conselho de Sentença, sem a indicação de qualquer motivação concreta para a prisão do réu que respondeu em liberdade à ação penal.

3. Apesar da gravidade concreta da conduta, não é dado ao Tribunal estadual agregar fundamentos não presentes na decisão do Juízo singular, sob pena de incidir em indevida inovação.

4. Ordem concedida para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, ressalvada a existência de motivos concretos, novos ou contemporâneos que justifiquem a necessidade da prisão preventiva.

(HC 558.894/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/04/2021, DJe 12/04/2021, grifei.)

Agravo regimental no *habeas corpus*. Homicídio qualificado consumado e tentado. Negativa do recurso em liberdade. Ausência de fundamentação concreta e suficiente de fatos contemporâneos. Execução automática de sentença condenatória do Tribunal do Júri. Não possibilidade. Precedentes. Agravo regimental não provido.

1. O STJ não admite a execução automática da sentença condenatória do Tribunal do Júri e a prisão preventiva, nessa circunstância, somente poderá ser decretada se houver justificativa em fatos concretos suficientes e contemporâneos. Precedentes.

2. A custódia do acusado, após sua condenação pelo Tribunal de Júri, foi fundamentada apenas na possibilidade abstrata de risco à aplicação da lei penal em função da sanção imposta, o que não é suficiente.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 565.921/PE, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/05/2020, DJe 28/05/2020)

Habeas corpus. Homicídio duplamente qualificado condenação pelo Tribunal do Júri. Paciente que respondeu solto uma parte da ação penal. Prisão preventiva não fundamentada. Apelação da defesa pendente de apreciação pelo Tribunal de origem. Execução imediata da pena. Impossibilidade. Não exaurimento das instâncias ordinárias. Constrangimento ilegal caracterizado. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Na hipótese, o decreto prisional encontra-se fundamentado em decorrência exclusiva da condenação do paciente pelo Conselho de Sentença, não tendo a Magistrada declinado qualquer motivação concreta para necessidade da prisão, afirmado, apenas, que o réu permaneceu preso durante grande parte do processo. O Tribunal de origem entendeu que a preventiva estava justificada em razão da gravidade dos fatos, inovando, pois, nas razões utilizadas pelo Juízo de primeira instância.

3. Este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que “não é dado ao Tribunal estadual agregar fundamentos não presentes na decisão do Juízo singular, sob pena de incidir em indevida inovação” (RHC 66.018/PI, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, julgado em 19/04/2016, DJe 29/04/2016).

4. Ressalte-se que esta Corte de Justiça já se pronunciou no sentido de que “a soberania dos veredictos não é absoluta e convive em harmonia com o sistema recursal desenhado pela Lei Adjetiva Penal. O fato de a Corte revisora, no julgamento de apelação contra decisão do Tribunal do Júri, não estar legitimada a efetuar o juízo rescisório, não provoca a execução imediata da sentença condenatória, pois permanece incólume a sua competência para efetuar o juízo rescindente e determinar, se for o caso, um novo julgamento, com reexame de fatos e provas” (RHC 92.108/RS, Quinta Turma, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, DJe 14/3/2018).

5. Assim, deve prevalecer o entendimento predominante na Quinta e Sexta Turmas desta Corte, que segue a diretriz jurisprudencial de que não se admite a execução automática da condenação pelo Tribunal do Júri, antes do encerramento da cognição ordinária, sob pena de afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para assegurar ao paciente o direito de aguardar, em liberdade, o julgamento dos recursos sujeitos a julgamento pelo Tribunal revisor, mediante a fixação de medidas cautelares a serem estabelecidas pelo Juízo de primeiro grau, se necessárias, salvo se por outro motivo não estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada.

(HC 501.788/SP, Rel. Ministro *Ribeiro Dantas*, Quinta Turma, julgado em 17/09/2019, DJe 23/09/2019)

Não se desconhece que tal tema está sendo apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 1.235.340 – Tema 1.068, contudo, o julgamento ainda não foi concluído.

Considerando-se, assim, a manutenção do entendimento desta Corte superior pela impossibilidade de execução provisória, o fato de o paciente ter respondido ao processo em liberdade e a ausência de definitividade da condenação criminal, o *habeas corpus* deve ser concedido.

Ante o exposto, *concedo a ordem* para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso, ressalvada a possibilidade de decretação de custódia ou de fixação de outras medidas cautelares, caso demonstrada a necessidade.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 653.556-SP (2021/0083159-3)

Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz

Impetrante: Danilo Alves Silva Junior

Advogado: Danilo Alves Silva Junior - SP436603

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Alice Caroline Alves (Preso)

Interes.: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Habeas corpus. Execução penal. Progressão de regime mais branda no caso de mãe de crianças, ainda que o crime seja hediondo. Possibilidade. *Habeas corpus* concedido.

1. O art. 112, § 3º, da LEP, incluído pela Lei n. 13.769/2018 prevê, independente da prática de crime comum ou hediondo, requisitos mais brandos para a progressão de regime no caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência.

2. Não existe, na norma em apreço, óbice à progressão especial em hipótese de cometimento de tráfico de drogas. Se o ilícito não é revestido de violência ou grave ameaça nem foi perpetrado contra o filho ou o dependente da mulher, poderá ocorrer sua transferência a regime mais brando, desde que satisfeitas as demais exigências legais.

3. A recusa de aplicação do art. 112, § 3º, da LEP pelas instâncias ordinárias consubstancia flagrante ilegalidade. Ainda, viola a cláusula de reserva de plenário o acórdão que afasta a incidência da lei sem lastro em jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou sem declaração expressa de sua inconstitucionalidade nos moldes do art. 97 da CF.

4. *Habeas corpus* concedido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 28.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *Alice Caroline Alves* alega sofrer coação ilegal em face de acórdão do Tribunal de Justiça *a quo*.

Requer a observância do atual art. 112 da LEP, com a redação dada pela Lei n. 13.964/2019, que prevê a progressão especial de regime às mães.

Deferida a liminar, os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator): *Ab initio*, afasto a preliminar de não cabimento do remédio constitucional, apontada no parecer da Subprocuradoria-Geral da República.

Não olvido a divergência existente entre a Quinta e a Sexta Turmas, quanto ao conhecimento, ou não, de *writ* substitutivo de recurso especial.

Entretanto, apesar da divergência inconciliável quanto ao dispositivo do julgamento (se o *habeas corpus* é conhecido, para ser concedido ou denegado ou, diversamente, se não é conhecido, com o deferimento, ou não, de ordem de ofício) é uníssona a compreensão de que, diante de uma ilegalidade comunicada nos autos, é possível a esta Corte analisar, ainda que de ofício, o ato inquinado de coator, desde que prolatado em única ou última instância por Tribunal de Justiça ou regional.

Assim, conheço a impetração e é *de rigor a concessão da ordem*.

O Tribunal de origem desconsiderou a eficácia normativa do art. 112, § 3º, da LEP sem existir manifestação previa do seu órgão especial (cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da CF) declarando a inconstitucionalidade da progressão especial de regime no caso de mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, ainda que condenada por crime hediondo ou a outro, a ele equiparado.

A recusa de aplicação da norma legal também não tem lastro em jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

O art. 112, § 3º, da LEP trata de política criminal de grande relevância, em face da realidade desigual das mulheres, na ânsia de dar efetividade aos direitos da maternidade e da infância, garantidos pela Constituição Federal. É justamente o propósito de assegurar a igualdade entre pessoas colocadas em situações diferentes que explica a inovação trazida pela Lei n. 13.769/2018.

A maternidade é uma identidade forçada da *mulher*, tida como uma de suas principais funções, o que ocasiona interferência do Estado e da sociedade no seu corpo e na sua vida.

A experiência de reprodução, mediada por relações de poder, nem sempre é voluntária ou amparada. É possível identificar, na atualidade, mudança nas atitudes dos homens, mas ainda é sobre a mulher, muitas vezes sem suporte de terceiros ou do Estado, que recaem as maiores responsabilidades com a prole, o

que limita suas potencialidades, as restringe ao espaço doméstico (em maior ou menor grau) e acentua a *desigualdade de gênero*. Soma-se a isto os aspectos do encarceramento, pois muitas vezes as unidades penais não estão estruturadas para o exercício da maternidade e o cuidado com os filhos, de forma digna.

A realidade, tanto dos direitos reprodutivos quanto do encarceramento, é desigual para homens e mulheres. No livro “Presos que Menstruam”, a jornalista Nana Queiroz bem pontua: Quando um homem é preso, comumente sua família continua em casa, aguardando seu regresso. Quando uma mulher é presa, a história corriqueira é: ela perde o marido e a casa, os filhos são distribuídos entre familiares e abrigos. Enquanto o homem volta para um mundo que já o espera, ela sai e tem que reconstruir o seu (QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2015).

A paciente, responsável por crianças, é primária e cumpre pena por tráfico de drogas. Pretende, nesta impetração, a observância do art. 112, § 3º, da LEP, incluído pela Lei n. n. 13.769/2018, *in verbis*:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

[...]

§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:

I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;

III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;

IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;

V - não ter integrado organização criminosa.

§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.

Vê-se que o legislador não estabeleceu a natureza do crime como óbice à progressão especial. A norma prevê, independente da prática de crime comum ou hediondo, requisitos mais brandos para a progressão de regime no caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência.

A postulante é primária e foi condenada por tráfico de drogas, ilícito sem *violência ou grave ameaça a pessoa*, não perpetrado contra seu filho. Assim, deve ser averiguado se preenche as demais exigências para ser transferida ao regime mais brando após ter cumprido 1/8 da pena.

À vista do exposto, concedo o *habeas corpus* para, ratificada a liminar, determinar ao Juiz das Execuções que observe a eficácia normativa do art. 112, § 3º, da LEP e analise se a paciente preenche os requisitos legais para o deferimento, ou não, da progressão especial de regime.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 143.516-RJ (2021/0065607-8)

Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz

Recorrente: V M D A

Recorrente: A G P N

Recorrente: J M M

Recorrente: A G P J

Recorrente: P G M

Advogados: Flavia Cardoso Campos Guth - DF020487

Rodrigo Carlos Horta - ES009356

Ana Carolina Reis Magalhães - DF017700

Marcelo Sedlmayer Jorge - DF025447

Lorena Bispo Cunha - DF051070

Isis Mayra Mascarenhas Guimarães Ferreira - DF059855

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Recurso em *habeas corpus*. Interposição contra acórdão proferido em agravo regimental. Não cabimento. Recebimento como *habeas corpus* substitutivo. Crime contra a ordem tributária. Fraudes que impossibilitaram a conclusão do procedimento administrativo e a constituição do crédito tributário. Inaplicabilidade da Súmula

Vinculante n. 24 do STF. Reconhecimento precário do juiz de primeiro grau de ilicitude do procedimento adotado pelo Fisco. Pendência de recurso do MP. Investigações que se basearam exclusivamente nas informações da autoridade fiscal. Necessidade de sobrestamento das investigações até que o Tribunal de origem examine a irresignação do MP. Recurso recebido como *habeas corpus* e concedido em parte.

1. Segundo expressa previsão constitucional (art. 105, II, “a”, da CF), o recurso ordinário em *habeas corpus*, dirigido a este Superior Tribunal, é cabível contra decisão denegatória de *habeas corpus*, decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios. Sob o aspecto formal, portanto, o recurso não é cabível, porquanto interposto contra acórdão proferido em agravo regimental, o qual foi apresentado contra decisão que não conheceu do *habeas corpus* impetrado na origem.

2. Dada a natureza da via escolhida e da própria controvérsia em relação ao cabimento do recurso ordinário - já que o não conhecimento do *habeas corpus* na origem se revestiu de verdadeiro caráter denegatório - e, ainda, com base no princípio da fungibilidade, que pressupõe a boa-fé e a ausência de erro grosseiro, conheço do recurso ordinário como *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio.

3. A Súmula Vinculante n. 24 do STF foi editada há mais de dez anos, como resultado da compreensão de que os crimes contra a ordem tributária, notadamente os previstos no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, são materiais, cuja consumação se dá com a constituição definitiva do crédito tributário, que somente ocorre com o término do procedimento administrativo fiscal.

4. Na espécie, embora efetivamente não haja sido constituído o crédito tributário definitivo, isso somente não ocorreu porque os mecanismos de apuração na esfera administrativa, disponíveis à autoridade fiscal, mostraram-se insuficientes para depurar a engenhosidade, a complexidade e a dimensão das conjecturadas fraudes que deram ensejo à sonegação fiscal. Vale dizer, a constituição do crédito tributário não ocorreu porque a receita estadual não disporia, no âmbito de sua atuação administrativa, de mecanismos investigativos somente existentes na seara penal.

5. Nos casos em que o agente usa de fraude (ideológica e/ou documental), para supressão ou redução do imposto, a autoridade administrativa fica alheia à ação delituosa sem a apreensão dos documentos falsificados – a fraude documental – e/ou emitidos em desacordo com a legislação de regência – a fraude ideológica –, pois, por óbvio, sem esses documentos a Administração Fiscal não tem conhecimento dos valores supostamente sonegados.

6. A peculiaridade existente no caso permite, até mesmo nos casos em que praticadas as condutas previstas no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, a instauração de inquérito policial ou procedimento investigativo junto ao Ministério Público, para apuração de crime contra a ordem tributária antes do encerramento do procedimento administrativo fiscal. Aqui se configura o *distinguishing* usado para justificar a inaplicabilidade de um precedente em hipótese diversa da que motivou a confecção de enunciado vinculativo.

7. Uma vez afirmada a possibilidade de investigação na seara penal, a despeito da inexistência de conclusão do procedimento administrativo, com a constituição do crédito tributário, não há como deixar de reconhecer que houve uma decisão precária proferida por juízo cível, em tutela de evidência, encampada pelo juízo criminal. Tal decisão, independentemente da existência de impugnação do Ministério Público por meio de recurso em sentido estrito ainda não apreciado, possui efeitos até que haja manifestação contrária sobre a questão pelo Tribunal de origem. Vale dizer, até que seja apreciado o recurso em sentido estrito interposto e eventualmente cassada a decisão proferida pelo Magistrado de primeiro grau, não há como contornar o fato de que houve o reconhecimento de ilicitude da representação fiscal, enviada ao Ministério Público antes de constituído o crédito tributário.

8. Diante dessa situação - existência de decisão proferida em primeiro grau que reconheceu como ilícito o procedimento adotado pelo fisco, mas ainda não analisada pelo Tribunal de origem - é impositivo que se avalie a permanência de toda investigação, a qual, como assinalou a defesa neste recurso, lastreou-se justamente na representação fiscal, cujo envio foi considerado ilegal em decisão precária. Por mais que o Tribunal de origem afirme a possível existência de outros crimes, fato é que a representação apresentada pela autoridade fiscal se lastreou exclusivamente na possível prática de

crime tributário. A própria Portaria de Instauração de Procedimento Investigatório Criminal n. 10/2019 (e também a PIC n. 08/2019) do Ministério Público, se apoiou exatamente na premissa de suposta existência de crime tributário.

9. Portanto, justifica-se a suspensão das investigações até que o Tribunal de origem examine o recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público. No caso de ser ratificada a decisão de primeiro grau, deve a investigação deflagrada por possível prática de crimes tributários ser obstada, porquanto baseada exclusivamente no relatório produzido pela autoridade fiscal; entretanto, caso o Tribunal de origem casse a decisão de primeiro grau, as investigações deverão seguir seu curso.

10. Recurso recebido como *habeas corpus*. Ordem concedida em parte para determinar que sejam suspensas as investigações em curso, até que seja apreciado, pelo Tribunal de origem, o recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra a decisão que considerou ilícito o procedimento adotado pelo fisco estadual.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, receber o recurso ordinário como *habeas corpus*, concedendo parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 28.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *Antonio Gomes Perianes Neto e Outros* interpõem recurso em *habeas corpus* contra acórdão proferido pelo

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento ao agravo regimental interposto contra decisão que não conheceu do *habeas corpus* impetrado naquela Corte.

Em suas razões, narra a defesa que foram instaurados dois procedimentos investigativos (PICs 08/2019 e 10/2019), no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, os quais objetivavam apurar possíveis práticas de crimes contra a ordem tributária, cuja gênese havia se lastreado em representação fiscal para fins penais produzido pela Receita daquele estado.

Assinala que tanto os procedimentos investigativos quanto o pedido de busca e apreensão deferido pelo Magistrado de primeiro grau “restaram lastreados, exclusivamente, em provas ilícitas, pois tiveram ilegal e abusivamente o afastamento do sigilo fiscal pelo Fisco para que fossem enviadas ao MP, pois quando do envio a RFFP contava apenas com o auto de constatação” (fl. 223), isto é, antes da própria constituição do crédito tributário.

Pontua que no âmbito cível foi deferida a tutela de evidência para “determinar a suspensão dos efeitos do ato administrativo de encaminhamento da Representação Fiscal pra Fins Penais ao MP, em razão da ilegalidade do mesmo” (fl. 224). Diante disso, na esfera criminal, “foi declarada a ilicitude da prova protegida por sigilo fiscal enviada pelo Fisco ao MP sem ordem judicial, e de todas as provas decorrentes da busca e apreensão” (fl. 224).

Alega a “patente ilegalidade na instauração dos PICs pelo GAESF — MP/RJ, uma vez que se respaldaram na RFFP enviada ilegalmente pela SEFAZ, pois quando do envio inexistia procedimento administrativo-fiscal regular, devido à ausência de auto de infração” (fl. 226), antes, portanto, da constituição do crédito tributário.

Assere que é manifesta a ilicitude da quebra de sigilo fiscal “perpetrada pela Sefaz quando do envio da RFFP ao MP, devido a absoluta ausência do auto de infração, que implica na ausência do próprio procedimento administrativo fiscal” (fl. 233). Assim, “tendo em vista que a remessa da RFFP já se encontrava eivada de vício pela quebra de sigilo, por via de consequência, a instauração dos PICs 08/2019 e 10/2019 pelo GAESF — MPRJ, que decorrem exclusivamente desta RFFP, configura manifesta ilegalidade contra os Pacientes, justamente por perpetuar a ilegalidade praticada pelo Fisco” (fl. 234).

Defende que, “como no caso não havia procedimento administrativo fiscal regular pela ausência de auto de infração, o envio da RFFP ao MP contaminou todos os atos subsequentes, por consequência, a própria instauração dos PICs” (fl. 235).

No particular, assinala que não poderia o Tribunal de origem não haver conhecido do *habeas corpus*, porquanto as teses suscitadas seriam distintas do *writ* anterior que havia sido impetrado, isto é, “não há identidade entre as causas de pedir remotas e próximas, de modo que não há se falar em identidade entre o HC *sub judice* e os referidos HCs mencionados no v. Acórdão objurgado” (fl. 241).

E conclui (fl. 242):

[...] ainda que as Decisões do Juízo Cível e Criminal possuam caráter provisório, fato é que a partir destas restou expressamente demonstrado que o constrangimento ilegal em desfavor dos Pacientes começou no âmbito administrativo, quando a SEFAZ formulou e remeteu a RFFP ao MP sem os autos de infração, e persiste, em virtude da instauração dos PICs pelo MP respaldados exclusivamente nessa RFFP.

Requer, diante disso, “seja o presente Recurso Ordinário conhecido e provido, com o fim de rescindir o v. Acórdão objurgado que julgou o Agravo Interno para] reconhecer a possibilidade do julgamento do HC n. 0083119-53.2020.8.19.0000” (fls. 242-243).

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator):

I. Preliminar de admissibilidade do recurso ordinário

De início, observa-se que o presente recurso ordinário *foi interposto contra acórdão proferido em agravo regimental*, o qual foi apresentado contra decisão que *não conheceu do habeas corpus* impetrado na origem.

Segundo expressa previsão constitucional (art. 105, II, “a”, da CF), o recurso ordinário em *habeas corpus*, dirigido a este Superior Tribunal, é cabível **contra decisão denegatória de habeas corpus**, decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios. Sob o aspecto formal, portanto, o **recurso não é cabível**.

Entretanto, *dada a natureza da via escolhida, da própria controvérsia em relação ao cabimento do recurso ordinário* - já que o não conhecimento do habeas corpus na origem se revestiu de verdadeiro caráter denegatório - e, ainda, *com base no princípio da fungibilidade, que pressupõe a boa-fé e a ausência de erro*

grosseiro, conheço do recurso ordinário como habeas corpus substitutivo de recurso próprio.

II. Contextualização

A partir do encaminhamento de duas representações fiscais produzidas pela Secretaria de fazenda do Estado do Rio de Janeiro – referente à “*Operação Triângulo de Aço*”, na qual foi constatada que determinada empresa beneficiária da Lei Estadual n. 6.979/2015, associada a outras empresas, mediante a prática de atos dissimulados, estariam usando de forma irregular os incentivos fiscais previstos na referida lei, de modo a causar expressivos prejuízos financeiros e sociais ao Estado – *foram instaurados procedimentos investigativos pelo Ministério Público (Procedimentos n. 08/2019 e o 10/2019).*

O primeiro procedimento investigativo (*PIC n. 08/2019 - Procedimento MPRJ n. 2019.00580160, de 22/7/2019*) lastreou-se na existência de indícios da prática de crimes contra a ordem tributária que apontou o envolvimento das sociedades empresárias *Metalpower Metalurgia e Mecânica Ltda., Dox Brasil Indústria e Comércio de Metais Ltda., Steel Service Center Beneficiadora de Aço Ltda. e AAbreu Beneficiamentos Ltda.*, as quais teriam suprimido ou reduzido ICMS devido ao Estado do Rio de Janeiro por meio de uso indevido de benefício fiscal (fls. 268-271).

O segundo procedimento (*PIC n. 10/2019 - Procedimento MPRJ n.2019.00527429, de 26/8/2019*) baseou-se na existência de indícios da prática de crimes contra a ordem tributária que apontou o envolvimento das sociedades empresárias *Manetoni Distribuidora de Produtos Siderúrgicos Importação e Exportação Ltda., Indústria Metalúrgica Sul Fluminense Ltda., AAbreu Beneficiamentos Ltda. e Plana Aço Distribuição e Comércio de Aço Ltda.*, as quais teriam suprimido ou reduzido ICMS devido ao Estado do Rio de Janeiro por meio do uso indevido de benefício fiscal (fls. 272-276).

Embora ambos os procedimentos digam respeito à evidência de realização de *duas fraudes estruturadas*, as quais acarretaram a redução indevida de ICMS com a aplicação ilegal da Lei Estadual n. 6.979/2015, *ambas ligadas a dois grupos - “Grupo Manetoni” e o “Grupo Dox”-*, *observa-se que os insurgentes são sócios, os dois primeiros da Indústria Metalúrgica Sul Fluminense Ltda e Manetoni Distribuidora de Produtos Siderúrgicos de Importação e Exportação Ltda, e os três últimos da Plana Aço Distribuição e Comércio de Aço Ltda, todos eles, portanto, que integraram o Procedimento Investigativo n. 10/2019.*

Após algumas tentativas de trancamento dos procedimentos perante o Magistrado de primeiro grau e junto ao Tribunal de origem, todas basicamente sob o argumento de que não havia sido constituído o crédito tributário, situação em que a deflagração de investigação penal afrontaria a Súmula Vinculante n. 24 do STF, a defesa propôs, junto ao **Juízo de Direito da Vara da Fazenda Pública de Volta Redonda**, *uma ação cível pelo rito comum, com pedido de tutela de evidência*, com o objetivo de suspender os efeitos do ato administrativo da Fazenda Pública que realizou a remessa da representação fiscal para fins penais. O referido Magistrado **deferiu o pedido**, conclusivamente, nestes termos (fl. 280, destaquei):

Se o artigo 83 da Lei 9.430/96 determina que a representação fiscal para fins penais apenas pode ser encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final na esfera administrativa sobre a exigência do crédito tributário correspondente (depois da sua constituição definitiva), seu envio antes da própria constituição do crédito demonstra flagrante violação ao princípio da legalidade.

Mister ressaltar que o documento de fls. 121 comprova que a parte autora entrou com recurso administrativo impugnando a constituição do crédito tributário, estando suspensa a sua exigibilidade, demonstrando, da mesma forma, que a remessa da representação fiscal para o Ministério Público foi prematura.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a constitucionalidade do artigo 83 da Lei 9.430/96 quando julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Procuradoria Geral da República (ADI n. 1.571-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 19-12-2003).

Isto posto, *defiro a tutela de evidência com fulcro no artigo 311, IV do CPC e determino a suspensão dos efeitos do ato administrativo de encaminhamento da representação fiscal para fins penais ao Ministério Público, deixando consignado que eventuais desdobramentos criminais deverão ser questionados no Juízo competente*. Intime-se o Estado do Rio de Janeiro da presente decisão.

Diante dessa decisão, o **Magistrado da 2ª Vara Criminal da Comarca de Volta Redonda**, que já havia indeferido alguns pedidos de trancamento ou suspensão das investigações, proferiu a seguinte decisão, no que interessa (fls. 284-285, grifei):

[...]

A remessa ilegal, declarada pelo juízo cível, leva o juízo criminal para a necessidade de constatar a ilicitude das mesmas para o direito criminal. Assim, o deferimento dos pedidos contidos em representação do ministério público se baseou em premissas que não se confirmaram, pelo contrário, mostram-se decorrentes de ato administrativo

com os efeitos suspensos por ordem judicial, por serem contrários à ordem prevista no procedimento do artigo 83 da Lei 9.430. Restou, assim, demonstrado que o Fisco inverteu a ordem procedimental e descumpriu o disposto no artigo 83 da Lei 9.430:

[...]

O Fisco possuía duas opções para encaminhar os documentos cobertos pelo sigilo fiscal, o primeiro seria cumprir o trâmite procedimental que foi objeto de medida liminar com o envio, por representação, após o término do processo administrativo. A segunda opção seria fazer o mesmo envio após autorização judicial, mas nenhuma dessas opções foi a do caso presente.

No caso dos autos não havia processo administrativo fiscal, verifica-se pela ausência de auto de infração e demais atos procedimentais.

O Código Tributário Nacional (art. 198, § 12, incisos I e II) exige a comprovação da instauração regular de processo administrativo para a transferência dos documentos cobertos pelo sigilo fiscal.

Outrossim, o que houve, de fato, foi a deliberada inobservância ao procedimento adequado para o encaminhamento dos elementos probatórios ao Ministério Público, assim como a ausência de qualquer autorização judicial para o compartilhamento dos mesmos elementos de prova cobertos pelo sigilo fiscal, o que impõe a declaração de ilicitude das mesmas.

A regra é a necessidade de autorização do Poder Judiciário para a transferência do sigilo fiscal, com as exceções previstas nos diversos procedimentos administrativos sancionadores, como é o tributário, conforme doutrina de Guilherme Nucci:

[...]

O sigilo fiscal tem como destinatários a Fazenda Pública e seus agentes, portanto o caso presente é de violação indevida do sigilo fiscal pelo próprio fisco, que enviou ilegalmente as informações cobertas por sigilo, para produzir prova ilícita em razão da quebra do dever de segredo e sigilo sobre as informações ilegalmente repassadas.

Diante disto, produziu prova ilícita, com o encaminhamento de dados sigilosos sem autorização do Poder Judiciário, levando o ministério público, possivelmente, a erro, com a representação fiscal para fins penais, instruída em mero auto de constatação, e enviada em desacordo com as normas procedimentais.

Sendo assim, passo à análise dos pedidos:

1) **Indefiro** o pedido de trancamento do Procedimento Investigativo Criminal em trâmite perante o Ministério Público, por absoluta ausência de previsão legal.

2) **Declaro** a ilicitude da prova protegida por sigilo fiscal enviada pelo Fisco ao ministério público sem ordem judicial, e de todas as provas decorrentes da busca e apreensão determinada por este juízo em 28 de janeiro de 2020;

3) **Determino** a devolução de todo o material apreendido no cumprimento das ordens de busca por mim determinadas, autorizando que o advogado ou representante da ré retire-os pessoalmente, valendo a presente decisão como ordem de retirada.

Como se observa, a despeito de o referido decisum *haver encampado a decisão precária do Juízo cível* - isso porque exarada no âmbito de tutela de evidência -, com o reconhecimento da ilicitude do procedimento de envio do material pelo Fisco ao Ministério Público, antes do término do procedimento administrativo fiscal, o qual não estaria acobertado com a devida autorização judicial, *ainda assim foram mantidas as investigações pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Volta Redonda.*

Tal decisão foi objeto de recurso em sentido estrito proposto pelo Ministério Público, na parte que reconheceu a ilicitude da representação fiscal, e de habeas corpus impetrado pela defesa, com relação à manutenção das investigações. *O primeiro ainda se encontra em tramitação; o segundo, não foi conhecido monocraticamente pelo relator*, porque se trataria de reiteração de outros habeas corpus já impetrados e por se tratar de decisão precária, devidamente impugnada pelo MP, situação que ensejou a interposição de agravo interno, o qual foi indeferido, nestes termos, no que importa (fls. 201-202, destaquei):

Contudo, pela leitura da inicial do HC, percebe-se que seu pedido se funda no trancamento “dos PICs n. 08/2019 e 10/2019 (Procedimentos MPRJ n. 2019.00580160 e 2019.00527429), instaurados pelo MP/RJ, bem como a investigação criminal tombada sob o n. 0000536-07.2020.8.19.0066, em trâmite perante a 2ª Vara Criminal da Comarca de Volta Redonda/RJ”. Ora, se o próprio Impetrante se insurge contra um procedimento em trâmite no referido Juízo Criminal e manifesta irresignação quanto à decisão de seu cunho, que indeferiu o trancamento ora requerido (fls. 16/18 do e-doc 015 do anexo 1), como não considerar tal julgado como ato coator, bem como a aludida autoridade judiciária como impetrada no presente caso?

Noutro polo, vê-se que a decisão do Juízo de origem que declarou a ilicitude da prova protegida por sigilo fiscal enviada ao MP sem ordem judicial ostenta o signo da provisoriedade, já que, regular e tempestivamente, impugnada pelo Ministério Público, através de RSE interposto e arrazoado (cf. consulta processual eletrônica), a ser recebido a qualquer momento por este Tribunal de Justiça, para oportuno debate e julgamento.

Nessa toada, se a referida decisão ainda se acha passível de reversão, não se tem como possível, razoável ou pertinente antecipar, na estreita seara do *habeas corpus*, a necessária discussão aprofundada sobre a questão já deduzida

em procedimento próprio, pelo que a presente via instrumental acaba por se postar como ilícitamente substitutiva, ainda que de modo transversal e com subversão das partes interessadas, do recurso legalmente cabível na espécie. Daí a orientação do STF no sentido de que o *habeas corpus* não se presta ao revolvimento e à valoração aprofundada de provas, bem como à discussão antecipada de questões meritórias, não podendo ser substitutivo do processo de conhecimento e seus recursos inerentes (STF, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., HC 163.320 AgR/SP, julg. em 30.11.2018).

Ademais, não se pode contornar a eficácia vinculante das decisões denegatórias de anteriores julgamentos unânimes deste Tribunal de Justiça (Habeas Corpus n. 0010629-33.2020.8.19.0000 e n. 0013345- 33.2020.8.19.0000), onde ficou assentado que, na espécie, a investigação tinha por objeto a apuração não apenas do crime tributário, mas também de crimes conexos, com menção explícita à necessidade de apuração dos injustos de falsidade ideológica, lavagem de dinheiro e associação criminosa, pelo que (1) além de não se cogitar-se da suposta ausência de justa causa para a persecução do crime tributário, (2) tampouco não se poderia alcançar, agora, por arrastamento, injustos de natureza rigorosamente diversa.

Com efeito, vale destacar que nos autos do HC 0013345- 33.2020.8.19.0000 (que também pleiteava o trancamento das investigações questionadas no presente writ) houve a interposição de recurso ordinário, o qual ainda se encontra pendente de julgamento no âmbito do STJ (v. fls. 3.737 do e-doc 003642 do anexo 1).

Outrossim, como bem realçou a D. Procuradoria de Justiça às fls. 137, no caso, “o procedimento investigatório versa sobre supostas condutas criminosas de repercussão patrimonial significativa nos cofres públicos estaduais, sendo a estimativa é de que o prejuízo decorrente dos crimes investigados seja de 282 milhões de reais no período de 01.2014 a 12.2018 e um prejuízo de 39 milhões de reais no período de maio de 2018 a janeiro de 2019”.

Assim, vale repisar que diante da magnitude do interesse público envolvido, não pode haver espaço para provimentos açodados que buscam sumariamente extirpar o desenvolvimento das investigações, sem se aguardar, na sede do devido processo legal de conhecimento, a necessária definição do caso por parte do juízo natural de primeira instância.

Daí, o presente recurso em *habeas corpus*, recebido como *habeas corpus* substitutivo, no qual a defesa se insurge, essencialmente, *contra a manutenção das investigações, apesar de reconhecida, pelo Magistrado de primeiro grau, a ilicitude do material que as subsidiou.*

Assinala o insurgente, ainda, que o fato de o acórdão haver mencionado a possível existência de outros crimes (*falsidade, associação criminosa e lavagem*), tal assertiva não se coaduna com a representação fiscal e os procedimentos investigativos

deflagrados pelo MP, os quais se lastrearam, exclusivamente, na prática de crime tributário, o qual não houve o término do procedimento administrativo fiscal.

*III. Súmula Vinculante n. 24 do STF e sua inaplicabilidade ao caso concreto: necessário **distinguishing***

Não é desconhecido o teor da *Súmula Vinculante n. 24 do STF*, que foi editada há mais de dez anos como resultado da compreensão de que os crimes contra a ordem tributária, notadamente os previstos no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, *são materiais*, cuja *consumação se dá com a constituição definitiva do crédito tributário*, que somente ocorre com o término do procedimento administrativo fiscal.

Segundo a compreensão do STF, tal característica acaba por se refletir em dois pontos relevantes: o primeiro, é que *a constituição do crédito diz respeito à própria tipicidade do delito* e, por isso, comporia a estrutura elementar do crime; o segundo, é que *nem mesmo a deflagração de investigação penal é possível antes do seu lançamento definitivo*. Nesse sentido, por todos, destaco o seguinte aresto:

Enquanto o crédito tributário não se constituir, definitivamente, em sede administrativa, não se terá por caracterizado, **no plano da tipicidade penal**, o crime contra a ordem tributária, tal como previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/90. É que, até então, não havendo sido ainda reconhecida a exigibilidade do crédito tributário (“an debeatur”) e determinado o respectivo valor (“quantum debeatur”), *estar-se-á diante de conduta absolutamente desvestida de tipicidade penal*.

A instauração de persecução penal, desse modo, nos crimes contra a ordem tributária definidos no art. 1º da Lei n. 8.137/90 somente se legitimará, mesmo em sede de investigação policial, após a definitiva constituição do crédito tributário, pois, antes que tal ocorra, o comportamento do agente será penalmente irrelevante, porque manifestamente atípico. Precedentes.

Conseqüente impossibilidade de se ordenar o mero sobrestamento dos atos de investigação, para que se aguarde a ulterior e definitiva constituição do crédito tributário (Pet n. 3.593 – QO, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 2/3/2007, destaquei).

Em relação a tais aspectos, portanto, não há controvérsia no âmbito deste Superior Tribunal, que tem se alinhado à compreensão exteriorizada pela Suprema Corte, conforme se verifica, exemplificativamente, do seguinte aresto: “a materialidade dos crimes listados no art. 1º, inciso I a IV, da Lei n. 8.137/1990 apenas se verifica com a constituição definitiva do crédito tributário[...]. Assim,

o direito penal apenas passa a ter lugar após verificada a adequada tipicidade da conduta imputada” (RHC n. 94.288/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 30/5/2018).

Todavia, a hipótese apresentada no presente recurso em habeas corpus é **distinta** não só daqueles casos que deram ensejo à referida súmula, mas, também, da generalidade dos casos sobre o tema que aportam nesta Corte, os quais possuem, como diretriz central, apenas a existência ou não da constituição do crédito por circunstâncias estritamente ligadas ao curso do procedimento administrativo interno (se concluído ou não), na esteira do conteúdo da Súmula Vinculante n. 24 do STF.

Deveras, na espécie, embora efetivamente não haja sido constituído o crédito tributário definitivo, isso somente *não ocorreu porque os mecanismos de apuração na esfera administrativa, disponíveis à autoridade fiscal, mostraram-se insuficientes para depurar a engenhosidade, a complexidade e a dimensão das fraudes.*

No particular, extrai-se do tópico n. 8, descrito no profundo relatório produzido pela Secretaria de Estado da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, a seguinte conclusão do referido procedimento (fls. 371-372, grifei):

Estima-se que o esquema de evasão fiscal praticado pelo grupo Manetoni, associado à AAbreu, tenha causado prejuízo efetivo à arrecadação do estado do Rio de Janeiro de R\$ 282 milhões, no período de 01/2014 a 12/2018, dos quais:

- R\$ 193 milhões resultam do *modus operandi* descrito neste relatório, ou seja, de condutas fraudulentas praticadas no período atual, de vigência da lei n. 6.979/2015 (de 04/2015 até 12/2018):

- R\$ 89 milhões resultam de esquema semelhante, praticado durante a vigência da lei n.º 5.636/2010 (de 01/2014 até 03/2015).

Conforme demonstrado anteriormente, esse prejuízo efetivo causado à arrecadação corresponde à indevida redução da carga tributária de ICMS incidente nas vendas realizadas pela “Sul Fluminense A”. Assim, ele resulta da diferença entre o ICMS que deveria ter sido recolhido pela “Sul Fluminense A” pela sua atuação como estabelecimento comercial (carga tributária normal de 19% ou 20%, prevista no art. 7º, § 2º, inciso I, da lei n. 6.979/2015), e o ICMS que foi apurado por essa empresa como uma fábrica incentiva simulada (carga reduzida de 3%, prevista no artigo 5º, *caput*, da lei n. 6.979/2015).

7. Conclusão

Neste relatório foi demonstrado que há sólidos indícios de que a empresa “Sul Fluminense”, associada a outras empresas do grupo “Manetoni” e à empresa “AAbreu”, vem utilizando de forma irregular, mediante atos dissimulados, os

incentivos fiscais previstos na lei n. 6.979/2015, e, assim, reduzindo indevidamente o ICMS a recolher.

Entretanto, para que o Fisco Estadual possa efetuar, de forma consistente, o lançamento do tributo indevidamente reduzido, e comprovar a atuação direta da "AAbreu" no esquema de evasão fiscal ao longo de todo o período de janeiro de 2014 em diante, é necessário obter elementos que comprovam a ocorrência da fraude fiscal para todas as operações realizadas, e não apenas para aquelas relacionadas aos flagrantes registrados in loco no estabelecimento da "AAbreu".

Como exemplos de elementos que fariam essa comprovação, podem estar, caso existam, os documentos digitais dos registros das industrializações efetuadas pela "AAbreu" para as empresas do grupo "Manetoni", bem como documentos referentes às tratativas comerciais de tais operações. Ainda, seria importante identificar exatamente quantas e quais bobinas foram de fato industrializadas pela "Sul Fluminense A", fábrica incentivada pela lei n. 6.979/2015. **Entretanto, a busca por tais documentos e o tratamento dos dados obtidos são feitos utilizando - se equipamentos de informática forense, dos quais o Fisco Estadual ainda não dispõe.**

Assim, considerando esgotadas as ferramentas administrativas ao alcance do Fisco, e tendo em vista os indícios de fraude fiscal envolvendo valores expressivos de impostos sonegados, sugiro o encaminhamento deste relatório ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, na forma de representação fiscal para fins penais, para analisar a possibilidade de solicitar a adoção de medidas enérgicas no sentido de obter as provas necessárias para a caracterização da fraude em curso, e identificar os envolvidos, bem como a participação de cada um no esquema. Sugere - se, ainda, o monitoramento das comunicações das empresas, bem como a busca nos sistemas informatizados das mesmas.

Como se observa, *não houve a constituição do crédito tributário por absoluta impossibilidade técnica e jurídica de apuração do caso pela Receita estadual. Digo técnica* pela inexistência, na Secretaria de Fazenda, de sofisticados aparelhos de informática forense, os quais se mostraram necessários para elucidação do caso e apuração do imposto sonegado; *jurídica*, porque a obtenção de determinados documentos indispensáveis para avaliação da Receita estadual dependeria da atuação judicial (como busca e apreensão e quebra de sigilo, por exemplo), o que somente seria possível com a atuação do Ministério Público no âmbito da persecução penal.

Assim, estamos diante de um caso no qual o término do processo administrativo, com a constituição do crédito tributário, *não ocorreu porque a receita estadual não disporia, no âmbito de sua atuação administrativa, de mecanismos investigativos somente existentes na seara penal.*

De fato, nos casos em que o agente usa de *fraude (ideológica e/ou documental)* para supressão ou redução do imposto, a autoridade administrativa fica alheia à ação delituosa sem a apreensão dos documentos falsificados – a fraude documental – e/ou emitidos em desacordo com a legislação de regência – a fraude ideológica –, pois, por óbvio, sem esses documentos a Administração Fiscal não tem conhecimento dos valores supostamente sonegados.

Em razão de tal peculiaridade, até mesmo nos casos em que praticadas as condutas previstas no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, verifica-se possível a instauração de inquérito policial ou procedimento investigativo junto ao Ministério Público para apuração de crime contra a ordem tributária *antes do encerramento do procedimento administrativo-fiscal, por estar caracterizada hipótese de distinguishing, que justifica a inaplicabilidade de um precedente em hipótese fora das circunstâncias de fato que motivaram a confecção de enunciado vinculativo.*

No particular, destaco específico precedente do STF que permitiu, diante das nuances do caso concreto, que fosse iniciadas as investigações mesmo antes de constituído o crédito tributário, nestes termos: “o Supremo Tribunal Federal tem decidido que a regra contida na Súmula Vinculante 24 pode ser mitigada de acordo com as peculiaridades do caso concreto, *sendo possível dar início à persecução penal antes de encerrado o procedimento administrativo, nos casos de embaraço à fiscalização tributária* ou diante de indícios da prática de outros delitos, de natureza não fiscal (ARE n. 936.653 AgR, Rel. Ministro Roberto Barroso, julgado em 24/5/2016, destaquei).

Nessa mesma direção, por oportuno, já decidi esta Corte: “se admite a *mitigação da Súmula Vinculante n. 24/STF nos casos em que houver embaraço à fiscalização tributária* ou diante de indícios da prática de outras infrações de natureza não tributária” (AgRg no HC n. 551.422/PI, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 9/6/2020, destaquei).

Em outro precedente deste Superior Tribunal, de *minha relatoria para o acórdão*, destaquei, com o suporte de outros julgados, que:

[...] em razão de tal peculiaridade, até mesmo nos casos em que praticadas as condutas dos incisos I a IV do artigo 1º da Lei n. 8.137/90, verifica-se possível a instauração de inquérito policial para apuração de crime contra a ordem tributária antes do encerramento do procedimento administrativo-fiscal. Nessa diretriz: STF, HC n. 95.443, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 18/2/2010; HC n. 96.324, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 17/8/2011. STJ, RHC n. 24.029/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 7/2/2011; RHC n.19.083/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 4/12/2006 (HC n. 260.354/PE, DJe 25/9/2014, destaquei).

Concluo, nesse tópico, portanto, que o caso *não atrai a incidência da Súmula Vinculante n. 24 do STF*, de modo que é possível, à mingua da constituição definitiva do crédito tributário – repita-se, por impossibilidade de apuração na esfera administrativa –, a deflagração de procedimento investigativo pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, tal como foi feito.

IV. Concessão da tutela de evidência por Juízo Cível que foi encampada por Juízo Criminal: solução temporária da controvérsia.

Feita a análise acerca da possibilidade de investigação na seara penal, a despeito da inexistência de conclusão do procedimento administrativo, com a constituição do crédito tributário, *não há como deixar de reconhecer que, na espécie, houve uma decisão precária proferida por juízo cível, em tutela de evidência, a qual acabou por ser encampada pelo juízo criminal*, como ficou devidamente contextualizado, linhas atrás.

Tal decisão, independentemente da existência de impugnação do Ministério Público por meio de recurso em sentido estrito, *ainda não apreciado*, possui efeitos até que haja manifestação contrária sobre a questão pelo Tribunal de origem.

Vale dizer, até que seja apreciado o recurso em sentido estrito interposto na origem, *não há como contornar o fato de que houve o reconhecimento de ilicitude da representação fiscal, enviada ao Ministério Público antes de constituído o crédito tributário*. Por mais paradoxal que possa parecer – *como seria possível exigir-se do fisco o término de procedimento que, assumidamente, não detinha condições técnicas de fazê-lo? – fato é que houve uma decisão, ainda que de natureza precária, que deve ser observada.*

Diante dessa situação - existência de decisão proferida em primeiro grau que reconheceu como ilícito o procedimento adotado pelo fisco - é impositivo que se avalie a permanência de toda investigação, a qual, como assinalou a defesa neste recurso, *lastreou-se justamente na representação fiscal, cujo envio foi considerado ilegal em decisão precária.*

A despeito de o Tribunal de origem afirmar a possível existência de outros crimes, situação que efetivamente pode se descortinar caso haja o avanço das investigações, fato é que a representação apresentada pela autoridade fiscal, lastreada na prática de crime tributário, foi o ponto de partida para a investigação. A própria Portaria de Instauração de Procedimento Investigatório Criminal n. 10/2019 (*e também a PIC n. 08/2019*) do Ministério Público, se

apoiou exatamente na premissa de suposta existência de crime tributário, nestes termos (fl. 272, grifei):

Procedimento Investigatorio Criminal.

Representação fiscal para fins penais formalizada pela Secretaria de Estado de Fazenda do Rio de Janeiro, **na qual se noticia a existência de indícios da prática de crimes contra a ordem tributária** envolvendo as sociedades empresárias Manetoni Distribuidora de Produtos Siderúrgicos Importação e Exportação Ltda., Indústria Metalúrgica Sul Fluminense Ltda., AAbreu Beneficiamentos Ltda. e Plana Aço Distribuição e Comércio de Aço Ltda. Supressão/redução do ICMS devido ao Estado do Rio de Janeiro através da utilização indevida de benefício fiscal. Necessidade da realização de diligências investigatórias para melhor apuração dos fatos noticiados e suas circunstâncias juridicamente relevantes, bem como delinear a autoria delitiva.

Diante desse quadro, *somente é possível, nesse momento, suspender as investigações até que o Tribunal de origem examine o recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público.*

No caso de ser ratificada a decisão de primeiro grau, deve a investigação deflagrada por possível prática de crimes tributários ser obstada, porquanto baseada exclusivamente no relatório produzido pela autoridade fiscal; entretanto, caso o Tribunal de origem casse a decisão de primeiro grau, as investigações deverão seguir seu curso.

Desnecessário, portanto, determinar que o Tribunal de origem examine o habeas corpus impetrado naquela Corte, seja porque já obstado o andamento das investigações nesta oportunidade, seja porque a pretensão da defesa, em alguma medida, foi rechaçada pelo acórdão impugnado. Além disso, a própria legalidade da decisão de primeiro grau será devidamente examinada por ocasião do julgamento do recurso em sentido estrito que se encontra em tramitação.

Realço, por fim, que a hipótese não se assemelha ao *RHC n. 138.619/RJ*, de relatoria do Ministro *Antonio Saldanha Palheiro*, trazido pela defesa em memoriais. Embora o referido aresto se refira a “Operação Triângulo de Aço”, observa-se que foram examinados fatos distintos, com envolvimento de empresas também distintas e sem as mesmas peculiaridades esmiuçadas nesta oportunidade, as quais justificaram o *distinguishing* realizado linhas atrás.

V. Dispositivo.

À vista do exposto, *recebo o recurso como habeas corpus e concedo em parte a ordem apenas para determinar que sejam suspensas as investigações em andamento,*

até que seja apreciado, pelo Tribunal de origem, o recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra a decisão que considerou ilícito o procedimento adotado pelo fisco estadual.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 20.534-RS
(2005/0133106-6)**

Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro
Relatora para o acórdão: Ministra Laurita Vaz
Recorrente: Aristeu Martins Machado
Recorrente: Claudiomir Pantaleao Rodrigues da Silva
Recorrente: Renato da Silveira de Moraes
Recorrente: Breno Caldas Neto
Recorrente: Gerson Santos dos Santos
Recorrente: Maria Ignes Bortolotto
Recorrente: Luiz Carlos Correa da Silva
Recorrente: Paulo Roberto Gomes da Costa
Recorrente: Luiz Henrique Mazzini Fontoura
Recorrente: Alvaro Andre Mello Grohmann
Recorrente: Sandra Xavier Reis
Recorrente: Marco Aurelio Perasi Sagardia
Recorrente: Joao Alves Brites Junior
Recorrente: Eduardo Luz de Vargas
Advogados: Almiro Regis Matos do Couto e Silva e outro(s) - RS002117
Rafael da Cás Maffini - RS044404
T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Impetrado: Presidente das Câmaras Especiais Reunidas do Tribunal de
Contas do Estado do Rio Grande do Sul
Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul
Procurador: Rosane Abreu Rosa de Souza e outro(s) - RS028979

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Constitucional e Administrativo. Empregados públicos de fundação estadual. Admissão. Anulação. Decadência e prescrição. Não ocorrência. Tribunal de Contas. Intimação dos recorrentes para integrar o processo. Ausência. Contraditório e cerceamento de defesa ofensa caracterizada. Nulidade do procedimento administrativo reconhecida. Manutenção das contratações. Cabimento. Dúvida objetiva acerca da necessidade de concurso público na Administração indireta no período das admissões. Existência reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Princípios da boa-fé, da confiança e da segurança jurídica. Observância. Necessidade. Recurso ordinário provido.

1. Não houve consumação de prazo decadencial ou prescricional, no caso concreto, entre as contratações dos Recorrentes e a instauração do procedimento administrativo em que foram anuladas, pelo Tribunal de Contas estadual.

2. No entendimento consolidado deste Superior Tribunal de Justiça, a ausência de intimação do interessado para integrar o processo instaurado, nas Cortes de Contas, com o objetivo de apurar a regularidade da admissão em cargo ou emprego públicos, constitui ofensa ao contraditório e à ampla defesa, causando a sua nulidade. Inteligência da Súmula Vinculante n. 03, do Supremo Tribunal Federal.

3. O fato de os Recorrentes terem manifestado recurso de embargos contra a decisão que determinou a anulação de seus contratos de trabalho, quando dela tomaram conhecimento por meios extraprocessuais, não supre a nulidade mencionada. O exercício do contraditório e da ampla defesa deve ser possibilitado durante o procedimento e não somente após a prolação da decisão que repercutiu nos interesses individuais.

4. As contratações anuladas ocorreram em dezembro de 1988 e no primeiro semestre de 1989, logo após a promulgação da Constituição da República de 1988, quando havia dúvida jurídica acerca da necessidade de concurso público para a contratação, para cargos e empregos públicos, por parte das autarquias, fundações

públicas, seja de personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, de empresas públicas e sociedades de economia mista. A certeza da exigência de certame somente veio a ser consolidada com o julgamento do Mandado de Segurança n. 21.322/DF, pelo Supremo Tribunal Federal, em 03/12/1992, com a publicação do acórdão em 23/04/1993.

5. Diante da amplitude do questionamento existente acerca da necessidade do concurso, o Tribunal de Contas da União fixou que a data da publicação do referido acórdão do Pretório Excelso seria o termo a partir do qual seriam tornadas nulas as admissões de pessoal, na Administração Indireta Federal, convalidando aquelas anteriores, em entendimento ratificado, posteriormente, em precedentes do Supremo Tribunal Federal. Se fossem os Recorrentes empregados públicos no âmbito federal, as suas contratações teriam sido convalidadas pela Corte de Contas da União, a partir do *leading case* da Suprema Corte.

6. A dúvida existente acerca da exigência no concurso público não era restrita ao âmbito da Administração Indireta federal, mas também se dava nos níveis estadual, distrital e municipal, pois decorria da interpretação de regra constitucional aplicável a todos os entes federados, motivo pelo qual não é caso de fazer distinção em relação aos Recorrentes, por serem empregados de fundação estadual.

7. O contexto no qual se deram as admissões, bem assim a presunção de legalidade e legitimidade que acompanham os atos administrativos demonstram que, na perspectiva dos Recorrentes, seus contratos de trabalho estavam dentro da legalidade estrita, podendo se concluir que agiram de boa-fé e criaram expectativa legítima e confiança acerca da regularidade de sua situação funcional, a qual se consolidava, cada vez mais, nas suas perspectivas, com o decorrer do tempo.

8. Esta Corte Superior, alinhada à orientação do Supremo Tribunal Federal, tem firmado posição no sentido de dar estabilidade a situações consolidadas com o tempo, quando a boa-fé, a segurança jurídica, a confiança, a razoabilidade e a proporcionalidade demonstrarem ser mais gravosa a sua dissolução do que a sua manutenção e quando não houver prejuízo à parte contrária. Se a Administração procedeu às contratações e vinham os Recorrentes

exercendo as suas atividades, é porque havia necessidade da força de trabalho, e ocorreria prejuízo imediato, para a prestação dos serviços públicos, com os seus afastamento dos respectivos empregos, nos quais permanecem, exercendo suas funções, por mais de três décadas.

9. Recurso ordinário provido, a fim de conceder integralmente a segurança, para anular o ato coator praticado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul e, também, anular o procedimento que culminou com a sua edição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Relator negando provimento ao recurso ordinário, e o voto da Sra. Ministra Laurita Vaz dando-lhe provimento, sendo acompanhada pelos Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz, por maioria, dar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Laurita Vaz, que lavrará o acórdão.

Vencido o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região).

Votaram com a Sra. Ministra Laurita Vaz os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz.

Brasília (DF), 18 de maio de 2021 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 2.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto, com fundamento no art. 105, II, “b”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

Mandado de segurança. Fundação Cultural Piratini, Rádio e Televisão. Entidade autárquica. Irregularidade dos atos de admissão. Negativa de registro pelo Tribunal de Contas do Estado. Contratações efetuadas após o advento da Constituição Federal de 1988 sem concurso público ou lei autorizadora. Contraditório e ampla defesa. Intervenção dos impetrantes no processo administrativo desde 2000. Longo trâmite do feito que não é hábil a convalidar o vício. Prevalência do princípio da legalidade. Art. 37, II, da CF/88.

Segurança denegada.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 1.030/1.036).

Nas razões recursais, os recorrentes alegam, em síntese que: suas contratações aconteceram há mais de 15 anos; que, em 1992, o Tribunal de Contas do Estado procedeu a uma mera inspeção e não concluiu pela ilegalidade das contratações, motivo pelo qual não pode a mencionada inspeção ser considerada como marco para a interrupção ou suspensão da prescrição; e que o primeiro julgamento do TCE sobre a questão se deu no ano de 1995, havendo se passado mais de 5 anos desde as contratações, nos anos de 1988-1989. Ressaltam que só no ano de 2000 é que foram notificados acerca das irregularidades apontadas em sua admissão pelo TCE, concluindo que todos os atos praticados pelo Tribunal de Contas não possuem eficácia perante eles, em razão do princípio do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que apenas a Fundação Cultural Piratini-Rádio e Televisão figurou como parte no procedimento. Rebatem os fundamentos do acórdão recorrido no ponto em que entendeu pela inaplicabilidade da lei de ação popular, afastando a prescrição, visto que inexistia lei, no âmbito estadual, prevendo prazo prescricional para que a administração pública revise seus atos eivados de ilegalidade. Aduzem que a administração decaiu do direito de invalidar os atos de sua admissão, em virtude do prazo prescricional de 5 anos previsto no Decreto n. 20.910/1932 e na Lei de Ação Popular. Ao final, defendem a possibilidade da convalidação das admissões efetivadas sem concurso público, haja vista o longo período de tempo transcorrido das contratações e a necessidade de garantir segurança jurídica a pessoas que agiram de boa-fé.

Contrarrazões apresentadas às e-STJ fls. 1.077/1.084. O Ministério Público Federal, às e-STJ fls. 1.101/1.105, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): Da análise dos autos constata-se que foi instaurado no Tribunal de Contas estadual processo administrativo para apuração da ilegalidade na contratação dos recorrentes como empregados da Fundação Cultural Piratini, em 1988 e 1989, sem a realização de concurso público.

Os recorrentes impetraram o *mandamus* na origem, argumentando, além de decadência administrativa, ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa e da segurança jurídica.

O Tribunal de origem denegou a ordem por entender que não ocorreu a prescrição administrativa. Foi consignado, ainda, que não houve desobediência ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Acerca dessa questão, esta Corte, seguindo a orientação do Supremo Tribunal Federal, entende não ser aplicável a decadência administrativa de que trata o art. 54 da Lei n. 9.784/1999 em situações flagrantemente inconstitucionais, como é o caso da admissão de servidores sem concurso público. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Enunciado Administrativo n. 3/STJ. Professores estaduais. Contratação temporária sucessivamente prorrogada. Inexistência do direito à reintegração. Observação do princípio constitucional do concurso público. Súm. 685/STF. Recurso ordinário não provido.

1. A sucessiva prorrogação dos contratos temporários de professores não observa disposição normativa tanto do Estado do Pará (LCE n. 7/1991) quanto da própria CF/1988 (art. 37, II e IX). Ademais, nos termos da Súm. n. 685/STF: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

2. As situações flagrantemente inconstitucionais não estão submetidas ao prazo decadencial de autotutela administrativa. Precedentes.

3. Logo, a contratação temporária de servidores públicos após a Constituição Federal de 1988 não é capaz de gerar estabilidade em cargos públicos, mesmo que sucessivamente prorrogada pela Administração Pública.

4. Recurso ordinário não provido. (RMS 56.774/PA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 22/05/2018, DJe 29/05/2018)

Administrativo. Processual Civil. Ação civil pública. Provimento em cargo efetivo sem concurso público após 1988. Assembleia Legislativa do Estado do Rio

Grande do Norte. Acórdão recorrido que reconhece a prescrição, com apoio no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932. Inaplicabilidade. Flagrante inconstitucionalidade.

1. A Suprema Corte tem entendimento no sentido de que não é aplicável a decadência administrativa de que trata o artigo 54 da Lei n. 9.784/1999 em situações flagrantemente inconstitucionais, como é o caso da admissão de servidores sem concurso público. Precedentes.

2. É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido. Súmula 685/STF.

3. Hipótese em que o “ato de transferência” de servidores estaduais não foi publicado no Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Norte, mas tão somente no “Boletim Oficial da Assembléia Legislativa”; tal situação, somada ao fato de que referido ato não foi levado ao conhecimento da Corte de Contas Estadual, revela a existência de má-fé caracterizada por um sigilo não só ilegal mas também inconstitucional. Precedente.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.394.036/RN, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado 3/2/2015, DJe de 6/2/2015.)

Processual Civil e Administrativo. Embargos de declaração no recurso em mandado de segurança. Caráter manifestamente infringente. Recebimento como agravo regimental. Fungibilidade recursal. Contratação temporária. Após a CF/88. Estabilidade excepcional. Art. 19 do ADCT. Inexistência. Convalidação. Impossibilidade.

[...]

2. Na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos precedentes desta Corte Superior, não é possível estender a estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT aos servidores contratados sem concurso público após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

3. O princípio da segurança jurídica e a suscitada decadência do direito da Administração em anular seus próprios atos não impedem a desconstituição de relações jurídicas que padecem de uma irremediável inconstitucionalidade, como é o caso dos servidores que mantêm contrato temporário com Poder Público fora das permissivas contidas no art. 37, IX, da CF.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento. (EDcl no RMS 33.143/PA, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 26/11/2013, DJe de 3/12/2013.)

Administrativo. Processual Civil. Recurso especial. Servidor público do Poder Executivo Estadual. Transferência para o Quadro de Pessoal do Poder Legislativo. Ação civil pública proposta pelo *parquet* estadual objetivando a anulação desse ato. Prescrição. Não ocorrência. Retorno dos autos à instância de origem para prosseguimento do feito. Recurso conhecido e provido.

1. Trata-se, na origem, de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte objetivando a anulação de ato administrativo que importou na “transferência” do servidor recorrido, sem concurso público, do Quadro de Pessoal do Poder Executivo para o do Poder Legislativo.

2. Hipótese em que a preliminar de prescrição acolhida pelo Tribunal de origem se confunde com o próprio mérito da demanda, uma vez que a eventual conclusão de que o ingresso do servidor recorrido no quadro de servidores da Assembléia Legislativa não foi procedido de aprovação em concurso público teria por consequência a conclusão de tal inconstitucionalidade não poderia ser sanada pelo decurso do tempo.

3. Com efeito, nos termos da Súmula 685/STF, “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

4. Por sua vez, situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de cargo público efetivo sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pelo eventual reconhecimento da prescrição ou decadência, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal. Precedente: MS 28.279/DF, Rel. Min. *Ellen Gracie*, Tribunal Pleno, DJe 28/4/10.

5. “O princípio da publicidade impõe a transparência na atividade administrativa exatamente para que os administrados possam conferir se está sendo bem ou mal conduzida” (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, in “Curso de Direito Administrativo”, 25ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85).

6. Consoante lição de HELY LOPES MEIRELLES (In “Direito Administrativo Brasileiro”, 30ª ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo et al., São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 94-5), “A publicação que produz efeitos jurídicos é a do órgão oficial da Administração, e não a divulgação pela imprensa particular, pela televisão ou pelo rádio, ainda que em horário oficial. Por órgão oficial entendem-se não só o Diário Oficial das entidades públicas como, também, os jornais contratados para essas publicações oficiais”. Por conseguinte, “Os atos e contratos administrativos que omitirem ou desatenderem à publicidade necessária não só deixam de produzir seus regulares efeitos como se expõem a invalidação por falta desse requisito de eficácia e moralidade. E sem publicação não fluem os prazos para impugnação administrativa ou anulação judicial, quer o de decadência para impetração de mandado de segurança (120 dias da publicação), quer os de prescrição da ação cabível”.

7. Hipótese em que o “ato de transferência” do servidor recorrido não foi publicado no Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Norte, mas tão somente no “Boletim Oficial da Assembléia Legislativa”; tal situação, somada ao fato de que referido ato não foi levado ao conhecimento da Corte de Contas Estadual, revela a existência de má-fé caracterizada por um sigilo não só ilegal mas também inconstitucional.

8. Recurso especial conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido e, afastando-se a preliminar de prescrição do fundo de direito, determinar o retorno dos autos à Instância de origem para que prossiga no julgamento do feito. (REsp 1.293.378/RN, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 26/2/2013, DJe de 5/3/2013.)

Registre-se que, se tal entendimento é aplicável em âmbito federal, mesmo em detrimento de lei expressa que preceitua o prazo quinquenal para a revisão dos atos administrativos, com mais razão deve ser aplicável quando nem sequer há lei estadual estipulando prazo prescricional para que a administração pública revise seus atos eivados de ilegalidades, como no caso.

Além disso, o STJ não admite a aplicação da Teoria do Fato Consumado para manutenção em cargo público de servidor empossado sem aprovação em concurso. A propósito, citam-se:

Administrativo. Agravo interno no recurso especial. Pretensão de reconhecimento de estabilidade no serviço público. Art. 19 do ADCT. Arguição de Incompetência da Justiça Federal. Requisito temporal para estabilidade não comprovado. Impossibilidade de contagem do tempo de trabalho exercido como estagiária. Fato consumado. Descabimento. Tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (RE 608.482, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014). Agravo interno do particular a que se nega provimento.

1. É pacífico o entendimento desta Corte afirmando que a pretensão decorrente de contrato de estágio não tem vinculação com relação de trabalho, razão pela qual não compete à Justiça Laboral julgar ação nela baseada.

2. O art. 19 do ADCT concedeu estabilidade extraordinária apenas aos servidores que, na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, estivessem em exercício há pelo menos 5 anos contínuos.

3. Contudo, no caso dos autos, as instâncias de origem consignaram que a autora somente firmou contrato de trabalho com a Administração em 1.10.1984, não preenchendo, assim, o prazo de cinco anos previsto na norma. Não sendo admissível que o tempo de trabalho exercido na função de estagiária seja computado para fins de estabilidade extraordinária.

4. Não se mostra possível o acolhimento da tese de reconhecimento da teoria do fato consumado, uma vez que o Pleno do Supremo Tribunal Federal em Repercussão Geral, fixou a orientação de que não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a aplicação de tal instituto (RE 608.482, Rel. Min. *Teori Zavascki*, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014).

5. Agravo Interno do Particular a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1.373.511/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 11/12/2018, DJe 04/02/2019)

Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Concurso público. Exame psicotécnico. Nulidade reconhecida. Necessidade de submissão a novo exame. Impossibilidade de ultrapassar a etapa do certame. Agravo regimental do particular a que se nega provimento.

1. É firme a orientação desta Corte de que declarada a nulidade do exame psicotécnico, diante da existência de ilegalidade na avaliação, o candidato deve submeter-se a novo exame. Não sendo admissível que o candidato prossiga nas demais fases do concurso sem ter obtido aprovação na etapa do exame psicotécnico.

3. Ademais, impõe-se registrar que não se mostra possível o acolhimento da tese de reconhecimento da teoria do fato consumado, uma vez que o Pleno do Supremo Tribunal Federal em Repercussão Geral, fixou a orientação de que não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção de candidato que tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, posteriormente revogado ou modificado (RE 608.482, Rel. Min. *Teori Zavascki*, DJe 30.10.2014).

3. Agravo Regimental do Particular a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1.529.021/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 06/12/2018, DJe 19/12/2018)

Administrativo. Recurso em mandado de segurança. Concurso público. Nomeações por força de liminar. Cassação da liminar e denegação da segurança. Invalidação dos atos de nomeação. Possibilidade. Aplicação da teoria do fato consumado. Impossibilidade.

1. No caso concreto, tem-se como questão controvertida a necessidade, ou não, de prévio processo administrativo para a exoneração de ocupantes de cargo público a título precário, quando extintos os efeitos da sua nomeação por ordem judicial transitada em julgado.

2. Segundo os recorrentes, o ato administrativo impugnado se deu quase uma década após a data em que poderia/deveria tê-lo feito, sem o devido processo legal, violando o direito constitucional de exercerem o contraditório e a ampla defesa.

3. Cabe realçar ensinamento doutrinário no sentido de que “nula a investidura, não produz ela qualquer efeito jurídico válido. Assim, não se há redargüir com a pretensa aquisição de direitos por se ter iniciado o exercício ou sob qualquer outro argumento, pois não se adquirem direitos contra a Constituição” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. São Paulo: Saraiva, 1999, fl. 220).

4. Em abono ao que foi aduzido, na mesma conclusão do acórdão recorrido, o STJ tem reiteradamente decidido no sentido de que “ante a precariedade do ato de designação para o exercício de função pública, revela-se legítima a dispensa ad nutum do servidor, sendo desnecessária a instauração de processo administrativo com essa finalidade” (RMS 44.341/PB, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 23/9/2014).

5. Acerca da tese de que o ato administrativo impugnado se deu quase uma década após a data em que o Governador de Minas Gerais poderia/deveria tê-lo feito, o recurso não merece êxito, porquanto, como bem pontuou o Tribunal de origem, “se não consta dos autos documentos comprobatório da data em que foram notificadas as autoridades coatoras do acórdão que cassou a decisão, não é possível adotar o argumento das impetrantes”. É de se ressaltar que a dilação probatória é providência incompatível com o rito do mandado e segurança.

6. No que diz respeito ao pedido de continuarem nos cargos em razão da decadência, a pretensão igualmente não merece amparo. Isso porque a orientação jurisprudencial do STJ e do STF tem afastado a teoria do fato consumado às hipóteses tais como a dos autos, uma vez que o ingresso da parte autora no cargo de professora se deu por decisão judicial de natureza precária, a qual foi posteriormente cassada, não tendo o condão de consolidar no tempo uma dada situação.

7. Recurso em mandado de segurança não provido. (RMS 43.533/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 22/02/2018, DJe 01/03/2018)

Processual Civil e Administrativo. Agravo interno no recurso especial. Servidor público estadual. Contratação precária. Exercício do cargo por mais de 10 anos ininterruptos. Estabilidade. Impossibilidade. Exoneração *ad nutum*. Possibilidade. Precedentes: RMS 44.341/PB, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 23.9.2014 e AgInt no RMS 38.504/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Min. Benedito Gonçalves, DJe 19.4.2017. Agravo interno da ex-servidora a que se nega provimento.

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança contra o ato administrativo que rescindiu o seu contrato temporário firmado com o TJMT em 15.1.2002. Objetiva o reconhecimento do fato consumado e, conseqüentemente, o direito à estabilidade com a Administração Pública do Estado do Mato Grosso.

2. É entendimento desta Corte que a permanência de servidores contratados sob o regime da CLT pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso afronta princípios constitucionais basilares, pois estar-se-ia permitindo a estabilidade sem obediência aos requisitos a ela inerentes, quer sob a forma de estabilidade ordinária (CF, art. 37, CF) ou extraordinária (ADCT, art. 19) (RMS 9.362/MT, Rel. Min. *Edson Vidigal*, DJ 9.11.1998, p. 125). No mesmo sentido: AgRg no REsp 1.446.626/MT, Rel. Min. *Mauro Campbell Marques*, Segunda Turma, DJe 2.12.2015.

3. Não é necessária a instauração de processo administrativo, a fim de assegurar o contraditório e a ampla defesa, para a demissão de servidor em exercício precário de função pública, sendo legítima a dispensa ad nutum do mesmo. Ressalvado o ponto de vista do Relator, que entende pela necessidade de instauração. Precedentes: RMS 44.341/PB, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 23.9.2014; e AgInt no RMS 38.504/MG, Rel. Min. *Napoleão Nunes Maia Filho*, Rel. p/ Acórdão Min. *Benedito Gonçalves*, DJe 19.4.2017.

4. Agravo Interno da Ex-Servidora a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1.388.644/MT, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 07/12/2018)

Processual Civil. Administrativo. Agravo interno no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Concurso público. Surdez unilateral. Não considerada deficiência física. Incidência da Súmula n. 83/STJ. Nomeação de candidato por força de decisão judicial precária. Posterior cancelamento da medida. Teoria do fato consumado. Inaplicabilidade. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada. Agravo interno contra decisão fundamentada nas Súmulas 83 e 568/STJ (precedente julgado sob o regime da repercussão geral, sob o rito dos recursos repetitivos ou quando há jurisprudência pacífica sobre o tema). Manifesta improcedência. Aplicação de multa. Art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015. Cabimento.

[...]

IV - O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento no sentido pelo qual não se aplica a denominada "Teoria do Fato Consumado" quando a posse e a manutenção no cargo público dão-se em virtude de provimento judicial de natureza precária.

V - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VI - Em regra, descabe a imposição da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação.

VII - Considera-se manifestamente improcedente e enseja a aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 nos casos em que o Agravo Interno foi interposto contra decisão fundamentada em precedente

julgado sob o regime da Repercussão Geral, sob o rito dos Recursos Repetitivos ou quando há jurisprudência pacífica da Corte Especial acerca do tema (Súmulas n. 83 e 568/STJ).

VIII - Agravo Interno improvido, com aplicação de multa de 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado da causa. (AgInt no REsp 1.731.332/ES, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 13/08/2018)

Não se deve perder de vista, ainda, a orientação da Suprema Corte de que “*não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado*” (RE n. 608.482, relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 7/8/2014, Acórdão eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-213 divulg. 29/10/2014, publ. 30/10/2014).

Por fim, a alegação de ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa foi afastada pelo Tribunal de origem ao argumento de que os ora recorrentes não foram intimados da instauração do processo perante o Tribunal de Contas estadual porquanto somente foram incluídos no curso do processo e, desde então, a ausência da participação deles foi suprida pela suspensão do processo e pela apresentação de manifestação escrita por eles, que foi devidamente apreciada. Além disso, da análise das peças processuais não se evidencia nenhum prejuízo para a defesa, sendo certo que não se admite dilação probatória na via eleita.

O mandado de segurança é o meio processual adequado para a proteção de direito líquido e certo quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública (art. 5º, LXIX, da CF). A ausência de prova inequívoca dos fatos em que se baseia a pretensão, como no caso, afasta a liquidez e a certeza do direito vindicado.

Com base nessas considerações, *nego provimento ao recurso em mandado de segurança*.

É como voto.

VOTO-VENCEDOR

A Sra. Ministra Laurita Vaz: *Eduardo Luz de Vargas e Outros* impetraram mandado de segurança contra decisão prolatada pelas Câmaras Especiais

Reunidas do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul no Processo n. 1681-02.00/92-5.

Narraram que são todos empregados da Fundação Cultural Piratini – Rádio e Televisão, tendo sido contratados entre o último mês de 1988 e os primeiros meses do ano de 1989, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Disseram que, à época, *“discutia-se, ainda se as entidades de direito privado, que integram a Administração Indireta, tais como as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público, estariam, ou não, sujeitas às exigências de concurso público, a admissão de seus empregados, ou de licitação, para a contratação de suas obras e serviços.”* (fl. 4). Aduziram que a dúvida só teria sido sanada, de forma definitiva, no sentido da exigência do concurso público, com o julgamento do Mandado de Segurança n. 21.322, publicado em 23/04/1993.

Argumentaram que, somente no ano de 2000, tomaram conhecimento da decisão do Tribunal de Contas do Estado que considerou ilegais suas contratações e que essa decisão *“foi tomada sem que tivessem podido exercer seu direito constitucional de ampla defesa, pois nada lhes fora comunicado.”* (fl. 5).

Sustentaram, ainda, que pelo princípio da segurança jurídica e da boa-fé, teriam direito a permanecer nos cargos ocupados. Pedem a concessão da segurança, com a cassação do ato impugnado.

O Tribunal de origem denegou a segurança.

Nas razões do recurso ordinário, em síntese, são suscitadas as alegações de prescrição administrativa, de ofensa ao contraditório e à ampla defesa, e de que devem ser mantidas as contratações, em razão dos princípios da boa-fé e da segurança jurídica.

O eminente Relator votou negando provimento ao recurso ordinário.

É o relatório.

Pois bem, acompanho os fundamentos do voto proferido pelo eminente Relator, quando afastou a alegação de ocorrência de decadência ou prescrição administrativas, pois não consumadas no caso concreto.

No entanto, peço vênias para divergir, no que diz respeito à ocorrência de ofensa ao contraditório e à ampla defesa, bem assim à possibilidade de convalidação das contratações efetivadas, em razão da boa-fé, da segurança

jurídica e da proteção da confiança, os quais são suficientes para justificar o provimento integral do recurso ordinário, com a concessão da segurança.

Em relação à ofensa ao contraditório e à ampla defesa, alegam os Recorrentes que não foram intimados para integrar o procedimento administrativo que culminou com a anulação de suas contratações.

O acórdão recorrido afastou a ocorrência de nulidade a partir da seguinte fundamentação (fls. 1.003-1.005; sem grifos no original):

No que tange à alegação de ausência de ampla defesa e contraditório, saliento que os servidores, ora Impetrantes, não figuraram, inicialmente, como interessados no processo que tramita junto ao Tribunal de Contas do Estado e que culminou com a determinação de sustação dos atos que os admitiu no serviço público. Isso se deu porque não estavam, em princípio, sujeitos à jurisdição daquela Corte de Contas. A Fundação Cultural Piratini Rádio e Televisão é quem tem o dever de prestar contas e, por isso, foi quem figurou no pólo passivo do respectivo processo, na qualidade de auditada (fl. 573).

[...]

Além disso, ainda que assim não se entendesse, *in casu*, os Impetrantes vêm intervindo no feito desde 31/07/2000 (fl. 113), quando interpuseram recurso de Embargos, afastando, portanto, qualquer alegação de nulidade do processo por afronta ao art. 5º, inciso LV, da Magna Carta.

Contudo, no entendimento consolidado deste Superior Tribunal de Justiça, a ausência de intimação do interessado para integrar o processo instaurado, nas Cortes de Contas, com o objetivo de apurar a regularidade da admissão em cargo ou emprego públicos, constitui ofensa ao contraditório e à ampla defesa, causando a sua nulidade. Aliás, esse é o teor da Súmula Vinculante n. 03, do Supremo Tribunal Federal, a qual tem se entendido que deve ser aplicada, também, aos Tribunais de Contas estaduais:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Nesse sentido:

Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Tribunal de Contas Estadual. Negativa de registro de admissão

de candidatos aprovados em concurso público realizado por município. Processo administrativo. Direito ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

1. O agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. Dirige-se o recurso contra acórdão denegatório de writ, no qual se pleiteia anulação da decisão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, proferida em Processo Administrativo. Na oportunidade, foram julgadas irregulares as admissões realizadas pelo Município de Rafard/SP durante os exercícios de 1998 e 1999, dentre elas a da ora recorrente.

3. Segundo precedentes deste Superior Tribunal, “o procedimento administrativo realizado por Tribunal de Contas Estadual, que importe em anulação ou revogação de ato administrativo, cuja formalização haja repercutido no âmbito dos interesses individuais, deve assegurar aos interessados o exercício da ampla defesa à luz das cláusulas pétreas constitucionais do contraditório e do devido processo legal”. (c.f.: MS 21.176/PR, DJ 01.10.2007 e RMS 11.032/BA, DJ 20.05.2002).

4. Em casos análogos ao presente, esta Corte de Justiça consignou que “a Súmula Vinculante 03/STF ostentando a seguinte redação: ‘Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão’ torna estreme de dúvida à necessária observância do princípio da ampla defesa nos procedimentos administrativos, realizados pelo Tribunal de Contas da União, aplicável, mutatis mutandis, no âmbito dos Tribunais de Contas dos Estados”. (Precedentes: RMS 27.233/SP, minha relatoria, DJ de 07/02/2012 e RMS 21.929/SP, Rel. Ministro **Luiz Fux, Primeira Turma**, julgado em 16/12/2008, DJe 26/02/2009).

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no RMS 27.270/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/02/2014, DJe 27/02/2014.)

Processual Civil. Administrativo. Tribunal de Contas Estadual. Negativa de registro de admissão de candidatos aprovados em concurso público realizado por Município. Processo administrativo. Direito ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Súmula Vinculante 03/STF. *Ratio essendi*.

1. O procedimento administrativo realizado por Tribunal de Contas Estadual, que importe em anulação ou revogação de ato administrativo, cuja formalização haja repercutido no âmbito dos interesses individuais, deve assegurar aos interessados o exercício da ampla defesa à luz das cláusulas pétreas constitucionais do contraditório e do devido processo legal. Precedentes do STJ: RMS 21.176/PR, DJ 01.10.2007 e RMS 11.032/BA, DJ 20.05.2002.

2. A Súmula Vinculante 03/STF ostentando a seguinte redação: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão” torna estreme de dúvida à necessária observância do princípio da ampla defesa nos procedimentos administrativos, realizados pelo Tribunal de Contas da União, aplicável, *mutatis mutandis*, no âmbito dos Tribunais de Contas dos Estados.

4. O erro in procedendo no procedimento administrativo resta inequívoco, tanto que a instância a quo, partindo de premissa equivocada, assenta: “(...) O processo administrativo TC-002413/003/97 analisou as demissões efetuadas pelo Município de Amparo no exercício de 1996, onde foram constatadas irregularidades como ausência de número de vagas no edital do concurso e ausência das leis que criaram os cargos, sendo, por conseqüência, negados os respectivos registros (...). No que tange ao alegado cerceamento do contraditório e do direito de defesa, não estava, como não está, a impetrante sujeita a qualquer investigação ou mesmo julgamento pelo Tribunal de Contas. Não foi parte no processo (...). A impetrante não está sujeita à Cortes de Contas, portanto não podia, como não pode, integrar o procedimento que visou apurar irregularidades em concurso público de provimento de cargos. Assim, inexistia obrigação legal de seu chamamento aos autos. Por outro lado, cabe ressaltar que a Prefeitura Municipal de Amparo, real interessada naqueles feitos, foi regularmente intimada de todos os atos do processo, exercendo plenamente seu direito do contraditório e da ampla defesa (...)” (fls. 1.178/1.179)

5. *In casu*, os impetrantes, ora Recorrentes, obtendo êxito em concursos públicos, realizados no Município de Amparo-SP, no exercício de 1996, foram contratados pela municipalidade in foco, consoante se infere das razões recursais expendidas à fl. 1.191; sendo certo que o cumprimento do decisum, proferido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo TC n. 2413/003/97, o qual rejeitou a admissões dos impetrantes, importará em demissão dos impetrantes.

6. Recurso Ordinário parcialmente provido, para anular o acórdão recorrido, determinando que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo assegure aos impetrantes, ora Recorrentes, o exercício do contraditório e da ampla defesa no procedimento administrativo (TC-2413/003/97). (RMS 21.929/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/12/2008, DJe 26/02/2009; sem grifos no original.)

O fato de os Recorrentes terem manifestado recurso de embargos contra a decisão que determinou a anulação de seus contratos de trabalho, quando dela tomaram conhecimento por meios extraprocessuais, não supre a nulidade mencionada. *O exercício do contraditório e da ampla defesa deve ser possibilitado*

durante o procedimento e não somente após a prolação da decisão que repercutiu nos interesses individuais.

No caso concreto, segundo consta dos autos e foi reconhecido expressamente pela própria Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, em sua sustentação oral, o Tribunal de Contas gaúcho determinou, em 1995, que fossem anulados os contratos de trabalho, em procedimento no qual os Recorrentes não fizeram parte ou foram intimados para integrar, vindo a ser comunicados, formalmente, da decisão que anulava as suas admissões, tão-somente no ano 2000 e, a partir daí, a buscaram reverter, inicialmente, pela via administrativa e, depois, judicialmente.

Portanto, é nulo o procedimento instaurado perante a Corte de Contas, em razão da ausência de intimação dos Recorrentes, antes que fosse proferida a decisão, para que pudessem exercer o seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa.

Outrossim, embora a anulação do procedimento administrativo, por si só, leve à extinção do ato apontado como coator, verifico que, mesmo se houvesse a regularidade procedimental, a anulação das contratações não se sustentaria juridicamente, diante dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da proteção da confiança.

De plano, ressalto que a situação dos presentes autos é diferente daquelas em que ocorre o ingresso no serviço público, por meio de liminar, pois, nesse caso, a pessoa está ciente dos riscos jurídicos e da precariedade da sua investidura. Portanto, *deve ser feita a devida distinção, reconhecendo-se que a situação dos autos não se enquadra no julgamento do Recurso Extraordinário n. 604.482/RN*, que recebeu a seguinte ementa:

Ementa: Constitucional. Administrativo. Concurso público. Candidato reprovado que assumiu o cargo por força de liminar. Superveniente revogação da medida. Retorno ao *status quo ante*. "Teoria do fato consumado", da proteção da confiança legítima e da segurança jurídica. Inaplicabilidade. Recurso provido.

1. Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado.

2. Igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima. É que, por imposição do sistema normativo, a execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em

títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua revogação acarreta efeito ex tunc, circunstâncias que evidenciam sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere.

3. Recurso extraordinário provido. (Rel. Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2014, DJe 30/10/2014).

Por outro lado, *é certo que, à época das admissões, ocorridas logo após a promulgação da Constituição da República de 1988, havia dúvida acerca da necessidade de concurso público para a contratação, para cargos e empregos públicos, por parte das autarquias, fundações públicas, seja de personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, de empresas públicas e sociedades de economia mista. A certeza da exigência de certame somente veio a ser consolidada com o julgamento do Mandado de Segurança n. 21.322/DF, o qual recebeu a seguinte ementa:*

Ementa: Cargos e empregos públicos. Administração Pública Direta. Indireta e Fundacional. Acessibilidade. Concurso público.

A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da Lei e mediante concurso público é princípio constitucional explícito, desde 1934, art. 168.

Embora cronicamente sofismado, mercê de expedientes destinados a iludir a regra, não só foi reafirmado pela Constituição, com ampliado, para alcançar os empregos públicos, arts. 37, I e II.

As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, § 1º.

Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição. (Rel. Ministro Paulo Brossard, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/1992, DJ de 23.04.1993; sem grifos no original.)

É de se ressaltar que, diante da amplitude da dúvida jurídica existente, o Tribunal de Contas da União, inclusive, fixou que a data da publicação do referido acórdão (23/04/1993), seria o termo a partir do qual seriam tornadas nulas as admissões de pessoal, na Administração Indireta Federal, convalidando aquelas

anteriores. Essa é a informação que consta do voto proferido pelo eminente Ministro *Gilmar Mendes*, no Mandado de Segurança n. 22.357/DF, *in verbis*:

Impressiona, na espécie, que o Tribunal de Contas, inicialmente, ao julgar as contas referentes ao exercício de 1990, (acórdão publicado em 03.12.92), tenha-se limitado a reconhecer a necessidade de adoção do concurso público para futuras admissões (fls. 482), o que foi entendido como uma convalidação das admissões realizadas anteriormente.

É verdade, igualmente, que o próprio TCU houve por bem estabelecer o dia 23 de abril de 1993, data da publicação do acórdão no MS 21.322/DF, Plenário, rel. Paulo Brossard, como termo inicial a partir do qual haveriam de ser tornadas nulas as admissões de pessoal. Neste julgamento, firmou-se o entendimento de que “as autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” estão sujeitos ao princípio constitucional do concurso público para acesso aos cargos e empregos públicos.

Nesse sentido, registrou-se a seguinte passagem do voto do Ministro Adhemar Paladini Ghisi, no Processo TC 674.054/91-1:

14. Considero, portanto, de grande relevância a data de 23 de abril de 1993, em que foi publicada no Diário da Justiça a decisão final e irrecurável do E. Supremo Tribunal Federal, que definiu, de uma vez por todas a questão da exigência do concurso público para a admissão do pessoal por parte das empresas públicas e sociedades de economia mista, em geral.

15. A partir dessa data portanto, a ninguém será dado questionar essa matéria, e, se dúvidas, existiam, foram afastadas definitivamente, constituindo-se, assim, num marco definidor dessa exigência constitucional, consentâneo com o mérito dos diversos julgados desta Corte de contas.

16. Esse Acórdão pioneiro do Supremo Tribunal Federal anima-me a sugerir, neste autos, e em relação à tese que ora se discute em caráter definitivo, que se altere a data base a partir da qual deverão ser anuladas as demissões de pessoal, que passaria a ser a da publicação do referido Decisório, isto é, 23 de abril de 1993.

17. Esta proposta se assenta no fato de que as reiteradas decisões do Tribunal de Contas da União a respeito desse assunto de alta indagação jurídica, além de jamais mandarem retroagir à data da vigência da atual Carta Magna a anulação das admissões, aleatoriamente fixaram a data da publicação de sua primeira deliberação sobre a matéria como aquela a partir da qual não mais seriam toleradas as admissões em causa (06/06/1990).

(Acórdão n. 056/93, DO 13/12/1993, fls. 19.088-19.090). (MS 22.357/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2004, DJ 05/11/2004; grifos diversos do original.)

As admissões dos Recorrentes ocorreram em dezembro de 1988 e em 1989, portanto, antes de 23/04/1993, data da publicação do acórdão do Supremo Tribunal Federal proferido no MS n. 21.322/DF. Ou seja, *se fossem os Recorrentes empregados de autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade de economia mista federais, as suas contratações já teriam sido convalidadas e não teriam sido sequer objeto de questionamento por parte do Tribunal de Contas da União, em razão da ausência do concurso público.*

Vale consignar que a decisão proferida no referido Mandado de Segurança n. 21.322/DF sanou a dúvida existente acerca da exigência de concurso público não apenas no âmbito da Administração Indireta federal, mas também estadual, distrital e municipal, a partir de interpretação de regra constitucional aplicável a todos os entes federados. Em outras palavras, a dúvida existente acerca da exigência de concurso público não era restrita ao âmbito da Administração Indireta federal, mas também se dava nos níveis estadual, distrital e municipal, pois decorria da interpretação de regra constitucional aplicável a todos os entes federados, motivo pelo qual não é caso de fazer distinção em relação aos Recorrentes, por serem empregados de fundação estadual.

Mais uma vez, ressalto que a situação jurídica dos Recorrentes é totalmente distinta daquele que busca o Poder Judiciário e, obtendo provimento judicial provisório, ingressa no serviço público, ciente da precariedade de sua situação jurídica e do título judicial que autorizou seu ingresso nos quadros funcionais da Administração.

*Os Recorrentes foram contratados sem intervenção judicial, mas a partir de atos da própria Administração. Atos esses que gozavam de presunção de legalidade e legitimidade, sendo, portanto, aptos a criar expectativa justa e legítima por parte dos contratados, no sentido de que era regular o seu ingresso no emprego público, no qual permaneceram por mais de 3 (três) décadas. Vale lembrar que permanecem eles em seus empregos, em razão da atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso ordinário, em decisão proferida, em 02/05/2006, pelo eminente Ministro **Nilson Naves**, nos autos da Medida Cautelar n. 11.462/RS.*

Essas foram as respectivas datas das admissões dos Recorrentes, onde fica evidente que *todos eles já estão nos seus empregos há mais de 32 (trinta e dois) anos:*

| <i>Recorrente</i> | <i>Data da Admissão</i> |
|--|-------------------------|
| <i>Aristeu Martins Machado</i> | 10/04/1989 (fl. 49) |
| <i>Claudiomir Pantaleao Rodrigues da Silva</i> | 10/04/1989 (fl. 56) |
| <i>Renato da Silveira de Moraes</i> | 09/02/1989 (fl. 65) |
| <i>Breno Caldas Neto</i> | 30/03/1989 (fl. 76) |
| <i>Gerson Santos dos Santos</i> | 06/04/1989 (fl. 80) |
| <i>Maria Ignes Bortolotto</i> | 22/06/1989 (fl. 91) |
| <i>Luiz Carlos Correa da Silva</i> | 30/06/1989 (fl. 111) |
| <i>Paulo Roberto Gomes da Costa</i> | 07/04/1989 (fl. 122) |
| <i>Luiz Henrique Mazzini Fontoura</i> | 20/01/1989 (fl. 129) |
| <i>Alvaro Andre Mello Grohmann</i> | 20/01/1989 (fl. 136) |
| <i>Sandra Xavier Reis</i> | 06/04/1989 (fl. 147) |
| <i>Marco Aurelio Perasi Sagardia</i> | 30/12/1988 (fl. 160) |
| <i>João Alves Brites Junior</i> | 21/06/1989 (fl. 171) |
| <i>Eduardo Luz de Vargas</i> | 07/04/1989 (fl. 25) |

E mais, embora já mencionado, repito: se fossem os Recorrentes empregados públicos no âmbito federal, suas contratações já teriam sido convalidadas pela Corte de Contas, a partir do leading case do Supremo Tribunal Federal, diante da dúvida jurídica que havia acerca da necessidade de concurso público, na época das suas contratações.

Entendo assim, que o contexto no qual se deram as admissões, bem como a presunção de legalidade e legitimidade que acompanham os atos administrativos demonstram que, na perspectiva dos Recorrentes, seus contratos de trabalho estavam dentro da legalidade estrita, podendo-se concluir que agiram de boa-fé e criaram expectativa legítima e confiança acerca da regularidade de sua situação funcional, a qual se consolidava, cada vez mais, nas suas perspectivas, com o decorrer do tempo.

Portanto, mais uma vez pedindo vênias ao eminente Relator, que as contratações se convalidaram, em razão dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da proteção da confiança.

Em recente precedente, o Supremo Tribunal Federal, em razão da segurança jurídica e da boa-fé, manteve as contratações de servidores públicos também efetivadas logo após a promulgação da Carta de 1988, sem concurso público, que sequer eram da Administração Indireta, mas de Poder Judiciário estadual, mesmo reconhecendo a sua inconstitucionalidade, *in verbis*:

Embargos de declaração nos embargos de declaração no mandado de segurança. 2. Direito Administrativo. 3. Conselho Nacional de Justiça. Desconstituição dos atos de investidura de servidores do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Nomeações efetivadas após a Constituição Federal de 1988, sem aprovação em concurso público. 4. Inaplicabilidade do prazo decadencial de 5 anos, previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999. 5. *Possibilidade de mitigação dos efeitos de atos inconstitucionais em prol de razões de segurança jurídica. Atos de nomeação em cargos públicos sem a realização de concurso público foram assinados por Presidente de Tribunal de Justiça há mais de 20 anos. Boa-fé dos impetrantes.* 6. Proposta de modulação de efeitos acolhida. 7. Embargos de declaração acolhidos em parte, tão somente para reconhecer a boa-fé dos embargantes e, assim, modular os efeitos da decisão para manter a validade dos atos inconstitucionais em relação a eles. (EDcl nos Edcls no MS n. 27.673/DF, Red. p/ acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgados na Sessão Virtual entre 02/10/2020 e 09/10/2020, DJe 20/10/2020; sem grifos no original).

O eminente Relator para acórdão, Ministro *Gilmar Mendes*, em seu voto, trouxe os seguintes fundamentos (sem grifos no original):

Em diversas oportunidades já me manifestei pela possibilidade de mitigação dos efeitos de atos inconstitucionais em prol de razões de segurança jurídica. Em tais ocasiões, ressaltei a necessidade da comprovação da boa-fé daqueles que se beneficiaram da situação inconstitucional decorrente da dúvida plausível acerca da solução da controvérsia.

Cito, como exemplo, o caso emblemático da Infraero (MS 22.357), no qual se evidenciaram circunstâncias específicas e excepcionais, reveladoras da boa-fé dos envolvidos (funcionários da Infraero), tais como a realização de processo seletivo rigoroso e a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Embora, como já bem salientado pela eminente relatora, o caso dos autos não se amolde exatamente ao decidido no citado julgado, me parece que aqui, por suas próprias peculiaridades, também merece uma solução especial.

Isso porque os atos de nomeação dos embargantes em cargos públicos sem a realização de concurso público foram assinados por Presidente de Tribunal de Justiça. É de se presumir que os embargantes tenham confiado na interpretação jurídica adotada pelo Presidente do Tribunal. Assim, se alguém merecesse algum tipo de reprimenda seria o responsável pela edição do ato inconstitucional, e não os servidores, que o receberam de boa-fé.

Ademais, o transcurso do tempo determina que a declaração de nulidade dos atos seja mitigada. Ora, depois de tantos anos exercendo os cargos sem questionamento,

depois de tantos anos após o questionamento do CNJ, os servidores continuaram no exercício dos seus cargos ou recebendo os proventos de suas aposentadorias.

Há que se considerar, inclusive, a idade desses servidores afetados pelo ato impugnado e as dificuldades para procurar novas formas de sustento de suas famílias.

Assim, entendo necessária a aplicação do princípio da segurança jurídica, haja vista dúvida gerada pelos atos do Presidente do Tribunal de Justiça quanto à legalidade dos atos de suas nomeações, apta a configurar a boa-fé dos interessados.

Entretanto, não posso deixar de registrar meu desconforto em hipóteses como a dos autos, nas quais situações flagrantemente inconstitucionais mantêm-se por longos períodos, em virtude da demora seja no curso do processo administrativo ou do processo judicial.

É necessário criarmos instrumentos para agilizar a solução de tais situações, a fim de evitar a repetição de feitos como o presente.

Contudo, no caso concreto, considerando o transcurso de mais de 20 anos entre a investidura dos impetrantes e a presente data, é imperioso que se modulem os efeitos da decisão embargada.

Na mesma ocasião, o então decano do Pretório Excelso, Ministro *Celso de Mello*, em seu brilhante voto, trouxe as seguintes considerações (grifos diversos do original):

Impressiona-me, entretanto, Senhor Presidente, nos termos do voto que Vossa Excelência proferiu nestes autos, que “(...) o transcurso de mais de 20 anos entre a investidura dos impetrantes e a presente data” evidencia que o cumprimento da deliberação do CNJ questionada nos presentes autos afetará, gravemente, a situação jurídica de 194 servidores que, há décadas (cerca de 27 anos, desde 1993) e de boa-fé, já exerciam as funções inerentes aos seus respectivos cargos, sendo certo, ainda – consoante realçado por Vossa Excelência –, que a denegação do presente mandado de segurança, com o consequente afastamento de referidos servidores do E. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás violará o princípio da segurança jurídica e dos postulados da boa-fé e da confiança na Administração Pública, notadamente porque “(...) os atos de nomeação dos embargantes em cargos públicos sem a realização de concurso público foram assinados pelo Presidente do Tribunal de Justiça. É de se presumir que os embargantes tenham confiado na interpretação jurídica adotada pelo Presidente do Tribunal (...)”

Os dados ora referidos demonstram que a implementação do ato do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, objeto de impugnação nesta sede processual, comprometem o interesse público e vulneram os postulados da segurança jurídica e da confiança, desconstituindo situações funcionais titularizadas, de boa-fé, há muitos anos, pelos servidores públicos em questão.

Tenho para mim, na linha de decisões proferidas em processos de que fui Relator nesta Corte (MS 25.805/DF, MS 26.384/DF, MS 27.099/DF, MS 27.506/DF, MS 35.594-MC-AgR/DF, v.g.), que a fluência de tão longo período de tempo culmina por consolidar justas expectativas no espírito de referidos agentes públicos e, também, por neles inculcar a confiança da plena regularidade de sua investidura funcional, não se justificando – ante a aparência de direito que legitimamente resulta de tais circunstâncias – a ruptura abrupta da situação de estabilidade em que se mantinham, até então, as relações de direito público entre esses agentes estatais, de um lado, e o Poder Público, de outro (o Poder Judiciário local, no caso):

O princípio da segurança jurídica. A boa-fé e a proteção da confiança como projeções específicas do postulado da segurança jurídica. Situação de fato – já consolidada no passado – que deve ser mantida em respeito à boa-fé e à confiança do administrado, inclusive do servidor público. Necessidade de preservação, em tal contexto, das situações constituídas no âmbito da Administração Pública. Doutrina. Precedentes. Deliberação do Tribunal de Contas da União que implica supressão de parcela dos proventos do servidor público. Caráter essencialmente alimentar do estipêndio funcional. Precedentes. Mandado de segurança deferido. (MS 27.083/DF, Rel. Min. Celso de Mello)

Impende destacar, neste ponto, por extremamente relevante, o fato de o entendimento ora exposto encontrar apoio no magistério da doutrina, cujas lições enfatizam e reconhecem que o decurso do tempo pode constituir, mesmo excepcionalmente, fator de legitimação e de estabilização de determinadas situações jurídicas [...]

Tenho para mim, Senhor Presidente, que o acórdão questionado na presente causa, além de injustamente lesivo a titulares de situação jurídica já consolidada, introduziu um fator de instabilidade e de incerteza, frustrando, de maneira indevida, pretensão legítima dos impetrantes, ora embargantes.

A essencialidade do postulado da segurança jurídica e a necessidade de respeitarem-se situações consolidadas no tempo, amparadas pela boa-fé do cidadão (ou, como na espécie, do agente público), representam fatores a que o Judiciário não pode ficar alheio, como resulta da jurisprudência que se formou no Supremo Tribunal Federal:

Ato administrativo. Seu tardio desfazimento, já criada situação de fato e de direito, que o tempo consolidou. Circunstância excepcional a aconselhar a inalterabilidade da situação decorrente do deferimento da liminar, daí a participação no concurso público, com aprovação, posse e exercício. (RTJ 83/921, Rel. Min. Bilac Pinto)

Essa orientação jurisprudencial (RTJ 119/1170), por sua vez, tem sido reafirmada, por esta Suprema Corte, em sucessivos julgamentos:

Mandado de Segurança. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária – INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. 3. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. 4. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. 7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa-fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. 8. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes. 9. Mandado de Segurança deferido. (RTJ 192/620-621, Rel. Min. *Gilmar Mendes*)

Na realidade, os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (RTJ 191/922, Red. p/ o acórdão Min. *Gilmar Mendes*), em ordem a viabilizar a incidência desses mesmos princípios sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado, para que se preservem, desse modo, situações administrativas já longamente consolidadas no passado.

É importante referir, neste ponto, em face de sua extrema pertinência, a aguda observação de J. J. GOMES CANOTILHO (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 250, 1998, Almedina):

Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação

e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante “qualquer acto” de “qualquer poder” – legislativo, executivo e judicial.

As lições da doutrina e da jurisprudência constitucional desta Suprema Corte (MS 28.059/DF, Rel. Min. *Cezar Peluso* – MS 28.060-MC/DF, Rel. Min. *Celso de Mello* – MS 28.064-MC/DF, Rel. Min. *Cármen Lúcia* – MS 28.122-MC/DF, Rel. Min. *Cezar Peluso* – MS 28.123-MC/DF, Rel. Min. *Cezar Peluso* – MS 28.430-MC/DF, Rel. Min. *Joaquim Barbosa* – MS 29.177-MC/DF, Rel. Min. *Marco Aurélio* – MS 29.180-MC/PE, Rel. Min. *Marco Aurélio*, v.g.) revelam-se suficientes ao reconhecimento da pretensão mandamental deduzida nesta sede processual, no que concerne ao tema da segurança jurídica.

Cabe repetir que a situação dos presentes autos, como já mencionado, sequer é de inconstitucionalidade manifesta, pois havia dúvida jurídica acerca da necessidade de concurso público para a admissão na Administração Indireta no período em que foram os Recorrentes contratados (dezembro de 1988 e 1989), ou seja, logo após a promulgação da Constituição da República, a qual somente veio a ser definitivamente sanada pelo Supremo Tribunal Federal em 1993.

É de se ressaltar, também, que esta Corte Superior tem orientação no sentido de dar estabilidade a situações consolidadas com o tempo, quando a boa-fé, a segurança jurídica, a confiança, a razoabilidade e a proporcionalidade demonstrarem ser mais gravosa a sua dissolução do que a sua manutenção e quando não houver prejuízo à parte contrária. Sobre esse último ponto, deve-se anotar que, se a Administração procedeu às contratações e vinham os Recorrentes exercendo as suas atividades, é porque havia necessidade da força de trabalho, e ocorreria prejuízo imediato, para a prestação dos serviços públicos, com os seus afastamento dos respectivos empregos, no quais permanecem, exercendo suas funções, por mais de três décadas.

A propósito:

Processual Civil. Agravo interno no agravo em recuso especial. Mandado de segurança objetivando o ingresso em ensino superior. Aprovação pelo sistema

de cotas. Normas que estabelecem os requisitos para o ingresso em universidade. Indeferimento da matrícula. Obtenção, pela aluna, de liminar que lhe assegurou o início no curso em 2011. Tutela confirmada pela sentença e pelo acórdão recorrido. Graduação concluída. Não se mostra razoável fazer a discente, que sob a égide da tutela provisória cursou a totalidade da graduação, retornar à situação anterior, sobretudo quando se verifica que inexistirá prejuízo à instituição de ensino, que não suprirá a referida vaga. Agravo interno da UFPA a que se nega provimento.

1. *Esta Corte Superior possui firme entendimento que, em determinadas situações, como ocorre no presente caso, os postulados da boa-fé, da segurança jurídica, da confiança, da razoabilidade, da proporcionalidade e da justiça recomendam a manutenção da situação fática que não gera prejuízo à parte contrária, a pretexto de se evitar um mal maior à que está sendo beneficiada. Precedentes: AgRg no REsp 1.467.032/RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 11.11.2014; AgRg no AREsp 460.157/PI, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 26.3.2014; REsp 1.394.719/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 18.11.2013; REsp 1.289.424/SE, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 19.6.2013; AgRg no REsp 1.267.594/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 21.5.2012; e REsp 1.262.673/SE, Rel. Min. Castro Meira, DJe 30.8.2011.*

2. Por não se tratar de hipótese de concurso público para provimento de cargo efetivo, mas sim de mero ingresso em Curso Superior, não se aplica à presente hipótese o julgado do STF com repercussão geral (RE 608.482/RN, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 30.10.2014).

3. Agravo Interno da *Universidade Federal do Pará-UFPA* a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 949.007/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 01/04/2019, DJe 10/04/2019; sem grifos no original.)

Administrativo. Processual Civil. Recurso especial. Alegação de violação do dispositivo do art. 535, I e II, do CPC/1973. Rejeição. Suposta afronta aos dispositivos dos arts. 219 e 512 do CPC/1973; 406 do Código Civil/2002 e 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. Ausência de prequestionamento. Súmula 211 do STJ. Aplicabilidade. Discussão acerca do valor da indenização. Pretensão de reexame de provas. Incidência da Súmula 7 do STJ. Mérito. Alegada violação dos dispositivos dos arts. 80, §§ 1º e 2º, e 87, § 3º, III, da Lei n. 9.394/1996; 2º da Lei n. 9.131/95; 11 do Decreto 2.494/1998; 186, 187 e 927 do Código Civil; e 14 do Código de Defesa do Consumidor. Não ocorrência. Teoria dos motivos determinantes. Aplicação. Princípios da boa-fé e da confiança. Recurso especial da parte autora não conhecido e recurso especial da União conhecido, mas não provido. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, c/c o art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.

1. No caso, o e. Tribunal de origem manifestou-se, expressamente, sobre os dispositivos dos arts. 80, §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.394/1996, 2º da Lei n. 9.131/95 e,

ainda, deu a interpretação cabível à regra regulamentar (Decreto 2.494/1998). Não há que se falar, portanto, em violação do dispositivo do art. 535 do Código de Processo Civil/1973, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, uma vez que a causa foi devidamente fundamentada, de modo coerente e completo. Foram demonstradas as razões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhe, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pelos recorrentes.

2. O aresto recorrido não debateu, nem sequer implicitamente, a questão à luz dos arts. 219 e 512 do Código de Processo Civil/1973; 406 do Código Civil/2002 e art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional bastando para tal conclusão verificar-se o inteiro teor do julgado. Logo, não foi cumprido o necessário e indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal, nesse ponto, da autora/recorrente. Incidência da Súmula 211 do STJ. De igual sorte, descabe a discussão travada pela recorrente/autora sobre o valor arbitrado, a título de indenização por danos morais, diante do óbice da Súmula 7 do STJ.

3. No caso, o Conselho Nacional de Educação, instado a se manifestar, editou ato público (Parecer CNE/CES n. 290/2006, revisando o Parecer CNE/CES n. 14/2006) e direcionado ao Conselho Estadual de Educação do Paraná, a propósito do curso objeto desta demanda, explicitando que era “do Conselho Estadual de Educação do Paraná a competência para credenciamento, autorização e reconhecimento de instituições, cursos e Programas do seu Sistema de Ensino, não havendo necessidade de reconhecimento do ‘curso’ no MEC, pois não se trata de programa ofertado na modalidade de educação a distância”.

4. Com efeito, a revisão posterior desse entendimento afronta a boa-fé dos interessados, o princípio da confiança, bem como malfez os motivos determinantes do ato, os quais se reportaram à efetiva incidência do inciso III do § 3º do art. 87 da Lei n. 9.394/1996 - LDB, bem como para atender ao contido no Plano Nacional de Educação, aprovado pela Lei n. 10.172/2001, dentro da denominada “Década da Educação”.

5. Outrossim, descabia ao Conselho Estadual de Educação do Paraná, como perfizera via do Parecer n. 193/2007, restringir o escopo preconizado pelo inciso III do § 3º do art. 87 da Lei n. 9.394/1996, quando dispõe acerca da realização dos programas de capacitação. É que o dispositivo legal permitiu a realização de “programas de capacitação para todos os professores em exercício”, não exigindo que os discentes sejam professores com vínculo formal com instituição pública ou privada.

6. Segundo a teoria dos motivos determinantes, “a Administração, ao adotar determinados motivos para a prática de ato administrativo, ainda que de natureza discricionária, fica a eles vinculada” (RMS 20.565/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15/3/2007, DJ 21/5/2007).

7. *Incidência do princípio da confiança no tocante à Administração Pública, o qual se reporta à necessidade de manutenção de atos administrativos, ainda que se*

qualifiquem como antijurídicos (o que não é o caso em exame), desde que verificada a expectativa legítima, por parte do administrado, de estabilização dos efeitos decorrentes da conduta administrativa. Princípio que corporifica, na essência, a boa-fé e a segurança jurídica. (REsp 1.229.501/SP, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 6/12/2016, DJe 15/12/2016).

8. Inexistência de violação dos dispositivos dos arts. 80, §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.394/96 (e, por consequência, do art. 11 do Decreto n. 2.494/98) e do art. 2º da Lei n. 9.131/95, porquanto o estabelecido no art. 87, § 3º, III, da Lei n. 9.394/96 dá amparo ao fato de o órgão estadual de educação credenciar, autorizar e fiscalizar os cursos relativos a programas de capacitação de professores em exercício, transitoriamente (enquanto durou a “Década da Educação”), como no caso em exame. Distinção da fundamentação determinante neste julgado daquela externada no julgamento do REsp 1.486.330/PR, de minha relatoria, com conclusão, igualmente, diferente e que representa a evolução do entendimento, diante do aporte de novos fundamentos.

9. Aliás, como bem dito pelo aresto recorrido, “ainda que se entendesse aplicável, na espécie, o art. 80 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/1996) - que dispõe sobre o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidade de ensino, e de educação continuada, atribuindo à União a competência para o credenciamento de instituições de ensino (‘§ 1º A educação a distância, organizada com abertura e regime especiais, será oferecida por instituições especificamente credenciadas pela União’) - , não há como afastar a regra contida no art. 87, do mesmo diploma legal, que determinou - expressamente e em caráter transitório - ao Distrito Federal, aos Estados, aos Municípios e apenas supletivamente à União, a realização de programas de capacitação para todos os professores em exercício, inclusive com os recursos da educação à distância”.

10. Necessária diferenciação de responsabilidade para as três situações distintas: a) a dos professores que perfizeram o curso e que detinham vínculo formal com instituição pública ou privada (para cuja situação somente houve o ato ilícito da União); b) a dos professores que perfizeram o curso, mas que não tinham vínculo formal com instituição pública ou privada, enquadrando-se como voluntários ou detentores de vínculos precários de trabalho (para cuja situação concorreram com atos ilícitos a União e o Estado do Paraná); c) a dos denominados “estagiários” (para cuja situação não há ato ilícito praticado pelos entes públicos).

11. Teses jurídicas firmadas: 11.1. Havendo o Conselho Nacional de Educação expedido parecer público e direcionado ao Conselho Estadual de Educação do Paraná sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes, executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu, a sua desconstituição e/ou revogação posterior, pelo próprio Conselho Nacional de Educação, ou mesmo a sua não homologação, pelo Ministério da Educação,

autorizam a tese de que a União é responsável, civil e administrativamente, e de forma exclusiva, pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo formal como professores perante instituição pública ou privada, diante dos danos causados.

11.2. Havendo o Conselho Nacional de Educação expedido parecer público sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu e direcionado ao Conselho Estadual de Educação do Paraná, o qual já havia possibilitado o ingresso anterior dos alunos sem vínculo formal como professor de instituição pública ou privada (Portaria n. 93/2002 do Conselho Estadual de Educação do Paraná), a sua desconstituição e/ou revogação posterior, pelo próprio Conselho Nacional de Educação, ou mesmo a sua não homologação, pelo Ministério da Educação ou, ainda, pelo Parecer n. 193/2007 do Conselho Estadual de Educação do Paraná, autorizam a tese de que a União e o Estado do Paraná são responsáveis, civil e administrativamente, e de forma solidária, pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo apenas precário perante instituição pública ou privada, diante dos danos causados.

11.3. Inexistindo ato regulamentar, seja do Conselho Nacional de Educação, seja do Conselho Estadual de Educação do Paraná, sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu relativamente a alunos estagiários, descabe falar em condenação dos aludidos entes, devendo a parte que entender prejudicada postular a indenização em face, tão somente, da instituição de ensino.

12. Recurso especial da autora não conhecido e recurso especial da União conhecido, mas para lhe negar provimento.

13. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do Regimento Interno deste STJ. (REsp 1.498.719/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 08/11/2017, DJe 21/11/2017; sem grifos no original.)

Agravo regimental. Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. Delegado da Polícia Civil. Aprovação em determinada fase do certame. Classificação no número de vagas da etapa posterior. Incerteza jurídica. Dubiedade de norma editalícia. Liminar concedida. Êxito em curso de formação, posse no cargo e efetivo exercício. Excepcionalidade do caso. Existência de boa-fé. Incidência dos princípios da isonomia e da razoabilidade. Aplicação da teoria do fato consumado. Recurso provido.

1. Esta Corte Superior possui entendimento pacífico na vertente de que os candidatos aprovados em determinada fase do concurso que não se classificaram dentro do número de vagas previsto no edital têm mera expectativa de direito de participarem da etapa subsequente. Ademais, este Sodalício prega que a teoria

do fato consumado não se aplica, em regra, nas hipóteses em que o candidato prosseguiu no concurso público por força de decisão liminar.

2. *Todavia, em hipóteses excepcionais, a jurisprudência deste Tribunal Superior tem admitido a aplicação da teoria do fato consumado, mormente quando restarem evidenciadas a boa-fé do candidato e a dubiedade das normas editalícias, conjugadas com a consolidação da situação fática pelo tempo, primando, assim, pela razoabilidade.*

3. No caso dos autos, a recorrente agiu de boa-fé e atuou com razoabilidade, já que as regras do edital para a convocação para a 3ª fase do concurso público eram dúbias, tanto que fomentou diferentes interpretações no Tribunal local. Esta solução também é a que melhor privilegia o princípio da isonomia, dado que outros candidatos em situação similar obtiveram êxito no Judiciário, preservando seus cargos. Outrossim, a desconsideração destes fatos supervenientes somente causaria prejuízos não só à candidata, mas também à própria Administração Pública, a qual perderia uma servidora pública que adquiriu qualificação e experiência, a demandar maiores custos para o Poder Público o treinamento de novo funcionário.

4. Agravo regimental a que se dá provimento para prover o recurso ordinário em mandado de segurança. (AgRg no RMS 24.366/MS, Rel. para acórdão Ministro Vasco Della Giustina, Desembargador Convocado do TJ/RS, Sexta Turma, julgado em 15/12/2011, DJe 27/06/2012; sem grifos no original.)

Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Servidor público militar. Curso de formação. Matrícula por força de liminar. Mérito julgado improcedente. Manutenção na academia, ingresso e promoção na carreira por atos da Administração posteriores à cassação da decisão judicial. Transcurso de mais de cinco anos. Anulação. Segurança jurídica e boa-fé objetiva vulnerados. Vedação ao comportamento contraditório. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Constatação de que o candidato preenchia o requisito cuja suposta ausência impedira sua admissão no curso de formação. Atendimento aos pressupostos legais e constitucionais para ingresso e exercício do Cargo de Oficial da Polícia Militar.

1. Os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, bem como a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), impedem que a Administração, após praticar atos em determinado sentido, que criaram uma aparência de estabilidade das relações jurídicas, venha adotar atos na direção contrária, com a vulneração de direito que, em razão da anterior conduta administrativa e do longo período de tempo transcorrido, já se acreditava incorporado ao patrimônio dos administrados.

2. À luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, verifica-se que o Recorrente, em sentido material, preenchia os requisitos editalícios para admissão no Curso de Formação, inclusive aquele cuja ausência formal constituía

obstáculo inicial à sua matrícula e que ensejou o ajuizamento da ação judicial em cujo bojo obteve a liminar.

3. Hipótese em que, embora a liminar que autorizara a matrícula do Recorrente no Curso de Formação tivesse sido cassada, expressamente, em 18 de fevereiro de 1997 e não houvesse nenhum outro título judicial que determinasse sua permanência na carreira militar, não tomou a Administração nenhuma atitude no sentido de afastá-lo. Pelo contrário, além de permanecer matriculado até a conclusão do Curso de Formação, findada em 05 de dezembro de 1997, ingressou na carreira e, ainda, foi promovido, em 05 de outubro de 1998, à patente de 2º Tenente, vindo a ser anulados esses atos tão-somente em 21 de maio de 2002.

4. A ausência de atos administrativos tendentes a excluir o Recorrente das fileiras militares após a cassação da liminar, corroborada pela existência de atos em sentido contrário (manutenção no Curso, promoção), além da instauração de processo administrativo, pela Academia de Polícia Militar, de ofício, para tornar definitiva a matrícula que fora efetivada, inicialmente, em razão de liminar, fez criar uma certeza de que a questão do seu ingresso na carreira militar estava resolvida.

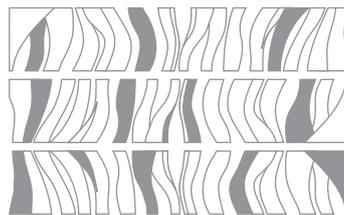
5. Os atos de admissão e promoção do Recorrente praticados pela Administração, bem como o longo tempo em que eles vigoraram, indicavam, dentro da perspectiva da boa-fé, que o seu ingresso na carreira militar já havia se incorporado, definitivamente, ao seu patrimônio jurídico, pelo que sua anulação, com base em fato anterior à prática dos atos anulados (cassação da liminar), feriram os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, tendo sido infringida a cláusula venire contra factum proprium ou da vedação ao comportamento contraditório.

6. Hipótese concreta que não cuida da aplicação da teoria do fato consumado para convalidar ato ilegal, o que é rechaçado por esta Corte, mas de fazê-la incidir, juntamente com os princípios da segurança jurídica e boa-fé, para tornar sem efeito atos praticados com ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

7. Recurso ordinário provido para conceder a segurança e anular o ato que cassou a promoção do Recorrente à patente de 1º Tenente, bem como o ato que determinou sua exclusão dos quadros da Polícia Militar, determinando seu imediato retorno à função ocupada, com todos os consectários jurídico-financeiros dele decorrentes. (RMS 20.572/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 15/12/2009; sem grifos no original.)

Ante o exposto, reiterando o pedido de vênias ao eminente Relator, *dou provimento* ao recurso ordinário e concedo a segurança, para anular o ato coator praticado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul e, também, anular o procedimento que culminou com a sua edição.

É como voto.



Índice Analítico

A

- PrCv **Ação civil pública** - Alienação de terreno a consumidor de baixa renda - Dano moral coletivo - Publicidade enganosa. REsp n. 1.539.056 - MG. RSTJ 262/789.
- PrCv **Ação civil pública** - Aproveitamento hidroelétrico - Matéria constitucional. REsp n. 1.641.107 - PA. RSTJ 262/257.
- PrCv **Ação de cobrança** - Exceção de contrato não cumprido - Reprovação de parte dos serviços prestados. REsp n. 1.907.391 - RJ. RSTJ 262/692.
- PrCv **Ação de obrigação de fazer** - Autor - Falecimento - Restituição de valores - Impossibilidade - Saúde complementar - Tutela antecipada - Revogação. REsp n. 1.725.736 - CE. RSTJ 262/659.
- PrCv **Ação de obrigação de não fazer** - Condomínio edilício - Locação fracionada - Hospedagem atípica - Uso não residencial. REsp n. 1.819.075 - RS. RSTJ 262/834.
- PrCv **Ação de reintegração de posse** - Usufruto - Arrendamento rural - Usufrutuário - Falecimento. REsp n. 1.758.946 - SP. RSTJ 262/671.
- PrCv **Ação rescisória** - Decadência - Termo inicial. REsp n. 1.885.365 - PA. RSTJ 262/456.
- Adm Ação social - Não configuração - **Contrato de repasse com União** - Sinalização turística - Implantação - Impossibilidade. REsp n. 1.927.701 - BA. RSTJ 262/471.

- Trbt Adiantamento sobre contrato de câmbio (ACC) - **Imposto sobre Operações Financeiras (IOF)** - Fato gerador - Incidência. REsp n. 1.452.963 - SC. RSTJ 262/246.
- Cv **Adoção unilateral afetiva de enteado** - Autor - Padrasto - Diferença etária - Desnecessidade. REsp n. 1.338.616 - DF. RSTJ 262/731.
- PrCv Alienação de terreno a consumidor de baixa renda - **Ação civil pública** - Dano moral coletivo - Publicidade enganosa. REsp n. 1.539.056 - MG. RSTJ 262/789.
- PrPn Apelação em liberdade - Impossibilidade - **Crime de homicídio triplamente qualificado** - Lei n. 13.964/2019. HC n. 647.408 - CE. RSTJ 262/1091.
- PrCv **Apelação não unânime** - Técnica de ampliação do colegiado - Incidência. REsp n. 1.868.072 - RS. RSTJ 262/447.
- PrCv Aproveitamento hidroelétrico - **Ação civil pública** - Matéria constitucional. REsp n. 1.641.107 - PA. RSTJ 262/257.
- PrCv **Arbitragem** - Construção de usina hidrelétrica - Contrato verbal superveniente - Empreitada - Remuneração. REsp n. 1.699.855 - RS. RSTJ 262/635.
- PrCv Autor - Falecimento - **Ação de obrigação de fazer** - Restituição de valores - Impossibilidade - Saúde complementar - Tutela antecipada - Revogação. REsp n. 1.725.736 - CE. RSTJ 262/659.
- Cv Autor - Padrasto - **Adoção unilateral afetiva de enteado** - Diferença etária - Desnecessidade. REsp n. 1.338.616 - DF. RSTJ 262/731.

B

- Pv Beneficiário - Dependência econômica - Comprovação - Necessidade - **Pensão por morte** . REsp n. 1.699.663 - RN. RSTJ 262/305.
- Pv Benefício previdenciário recebido administrativamente - **Honorários advocatícios**. REsp n. 1.847.731 - RS. RSTJ 262/224.

C

- PrCv Cadastro de empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo - **Ministro do Trabalho e Emprego** - Ilegitimidade passiva *ad causam*. MS n. 21.712 - DF. RSTJ 262/199.
- Trbt Câmara Municipal - Débito - Fazenda Nacional - **Certidão positiva de débitos com efeito de negativa** - Município - Princípio da intranscendência. REsp n. 1.404.141 - PE. RSTJ 262/241.

- Trbt **Certidão positiva de débitos com efeito de negativa** - Município - Câmara Municipal - Débito - Fazenda Nacional - Princípio da intranscendência. REsp n. 1.404.141 - PE. RSTJ 262/241.
- Cv Cláusula abusiva - Não configuração - **Contrato de cartão de crédito** - Inadimplemento - Débito direto em conta corrente - Valor mínimo. REsp n. 1.626.997 - RJ. RSTJ 262/820.
- PrPn Cocaína - Apreensão de 12 gramas - Crime de tráfico de drogas - Denúncia anônima - **Domicílio** - Violação. AgRg no REsp n. 1.865.363 - SP. RSTJ 262/1080.
- PrPn Colaboração premiada - Compartilhamento requerido pela Receita Federal - **Ministério Público** - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Não configuração. AgRg no REsp n. 1.882.079 - RS. RSTJ 262/1034.
- PrPn Compartilhamento de dados bancários - Ordem pública - Violação - Não ocorrência - **Prova** - Ilicitude. AREsp n. 701.833 - SP. RSTJ 262/953.
- PrCv **Competência** - Justiça Federal - Penhora penal - Penhora Trabalhista - Pluralidade de constrições Patrimoniais . CC n. 176.659 - GO. RSTJ 262/922.
- Pn **Competência** - Penhora Penal - Penhora trabalhista - Pluralidade de constrições Patrimoniais. CC n. 175.033 - GO. RSTJ 262/913.
- PrCv Condomínio edilício - **Ação de obrigação de não fazer** - Locação fracionada - Hospedagem atípica - Uso não residencial. REsp n. 1.819.075 - RS. RSTJ 262/834.
- Pn Conduta social - Valoração - CP, art. 59 - **Dosimetria da pena**. REsp n. 1.794.854 - DF. RSTJ 262/933.
- PrPn Constrangimento ilegal - Ocorrência - Crime de posse irregular de arma de fogo - Crime de tráfico de entorpecentes - **Invasão domiciliar** - Policial Militar. AgRg no HC n. 653.202 - PE. RSTJ 262/1005.
- PrCv Construção de usina hidrelétrica - **Arbitragem** - Contrato verbal superveniente - Empreitada - Remuneração. REsp n. 1.699.855 - RS. RSTJ 262/635.
- PrCv Contradição entre a tese firmada e a redação - Ocorrência - **Embargos de declaração** - Acolhimento - Inovação do julgamento - Não ocorrência. EDcl no REsp n. 1.807.665 - SC. RSTJ 262/123.
- Cv **Contrato de cartão de crédito** - Cláusula abusiva - Não configuração - Inadimplemento - Débito direto em conta corrente - Valor mínimo. REsp n. 1.626.997 - RJ. RSTJ 262/820.

- Adm **Contrato de repasse com União** - Ação social - Não configuração - Sinalização turística - Implantação - Impossibilidade. REsp n. 1.927.701 - BA. RSTJ 262/471.
- PrCv Contrato verbal superveniente - **Arbitragem** - Construção de usina hidrelétrica - Empreitada - Remuneração. REsp n. 1.699.855 - RS. RSTJ 262/635.
- Trbt Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) - Princípio da segurança jurídica - **Programa de Integração Social (PIS)** - Súmula n.544-STF - Varejista - Alíquota zero. REsp n. 1.725.452 - RS. RSTJ 262/315.
- Cm Coobrigados - Novação - Extensão - Impossibilidade - Plano de Recuperação - **Recuperação Judicial**. REsp n. 1.794.209 - SP. RSTJ 262/516.
- Pn CP, art. 59 - Conduta social - Valoração - **Dosimetria da pena**. REsp n. 1.794.854 - DF. RSTJ 262/933.
- PrCv CPC, art. 833 - **Indenização por morte** - Seguro DPVAT - Impenhorabilidade. REsp n. 1.412.247 - MG. RSTJ 262/783.
- PrPn CPP, art.283 - **Execução provisória da pena** - Impossibilidade - Pena de reclusão superior a 15 anos. HC n. 649.103 - ES. RSTJ 262/1109.
- Trbt Creditamento indevido - **Crédito tributário** - Decadência - CTN, art.173. AREsp n. 1.471.958 - RS. RSTJ 262/397.
- PrPn Crédito tributário - Constituição - Não ocorrência - **Crime contra a Ordem Tributária** - Suspensão da investigação - Necessidade. RHC n. 143.516 - RJ. RSTJ 262/1126.
- Trbt **Crédito tributário** - Decadência - Creditamento indevido - CTN, art.173. AREsp n. 1.471.958 - RS. RSTJ 262/397.
- Cm Créditos - Habilitação - Desnecessidade - **Falência** - Massa falida - Condenação - litigância de má-fé. REsp n. 1.383.914 - RS. RSTJ 262/774.
- PrPn **Crime contra a Ordem Tributária** - Crédito tributário - Constituição - Não ocorrência - Suspensão da investigação - Necessidade. RHC n. 143.516 - RJ. RSTJ 262/1126.
- Pn **Crime de estupro de vulnerável** - Réu e vítima - Namoro - Matrimônio - Súmula n.593-STJ - Inaplicabilidade. AREsp n. 1.555.030 - GO. RSTJ 262/972.
- Pn **Crime de gestão fraudulenta ou temerária de bancos** - Fato atípico - Lei n. 1.521/1951 - Lei n. 4.591/1964. AgRg no AREsp n. 1.627.490 - DF. RSTJ 262/1053.

- PrPn **Crime de homicídio triplamente qualificado** - Apelação em liberdade - Impossibilidade - Lei n. 13.964/2019. HC n. 647.408 - CE. RSTJ 262/1091.
- PrPn Crime de posse irregular de arma de fogo - Constrangimento ilegal - Ocorrência - Crime de tráfico de entorpecentes - **Invasão domiciliar** - Policial Militar. AgRg no HC n. 653.202 - PE. RSTJ 262/1005.
- PrPn Crime de tráfico de drogas - Cocaína - Apreensão de 12 gramas - Denúncia anônima - **Domicílio** - Violação. AgRg no REsp n. 1.865.363 - SP. RSTJ 262/1080.
- PrPn Crime de tráfico de entorpecentes - Constrangimento ilegal - Ocorrência - Crime de posse irregular de arma de fogo - **Invasão domiciliar** - Policial Militar. AgRg no HC n. 653.202 - PE. RSTJ 262/1005.
- PrPn Crime hediondo - Lei n. 13.769/2018 - **Progressão de regime**. HC n. 653.556 - SP. RSTJ 262/1122.
- Trbt CTN, art.166 - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Creditamento - Possibilidade - Querosene de aviação. REsp n. 1.844.316 - DF. RSTJ 262/365.
- Trbt CTN, art.173 - Creditamento indevido - **Crédito tributário** - Decadência. AREsp n. 1.471.958 - RS. RSTJ 262/397.

D

- PrCv Dano moral coletivo - **Ação civil pública** - Alienação de terreno a consumidor de baixa renda - Publicidade enganosa. REsp n. 1.539.056 - MG. RSTJ 262/789.
- PrCv Decadência - Termo inicial - **Ação rescisória**. REsp n. 1.885.365 - PA. RSTJ 262/456.
- PrCv Decisão rescindenda - Mérito - Não apreciação - **Incompetência** - Superior Tribunal de Justiça (STJ). AR n. 4.797 - MG. RSTJ 262/483.
- PrPn Denúncia anônima - Cocaína - Apreensão de 12 gramas - Crime de tráfico de drogas - **Domicílio** - Violação. AgRg no REsp n. 1.865.363 - SP. RSTJ 262/1080.
- Cv Diferença etária - Desnecessidade - **Adoção unilateral afetiva de enteado** - Autor - Padrasto. REsp n. 1.338.616 - DF. RSTJ 262/731.
- PrPn **Domicílio** - Violação - Cocaína - Apreensão de 12 gramas - Crime de tráfico de drogas - Denúncia anônima. AgRg no REsp n. 1.865.363 - SP. RSTJ 262/1080.

Pn **Dosimetria da pena** - Conduta social - Valoração - CP, art. 59. REsp n. 1.794.854 - DF. RSTJ 262/933.

Adm Dúvida objetiva - **Empregado público** - Admissão - Anulação - Impossibilidade - Princípio da confiança. RMS n. 20.534 - RS. RSTJ 262/1143.

E

PrCv **Embargos de declaração** - Acolhimento - Contradição entre a tese firmada e a redação - Ocorrência - Inovação do julgamento - Não ocorrência. EDcl no REsp n. 1.807.665 - SC. RSTJ 262/123.

Adm **Empregado público** - Admissão - Anulação - Impossibilidade - Dúvida objetiva - Princípio da confiança. RMS n. 20.534 - RS. RSTJ 262/1143.

PrCv Empreitada - Remuneração - **Arbitragem** - Construção de usina hidrelétrica - Contrato verbal superveniente. REsp n. 1.699.855 - RS. RSTJ 262/635.

PrCv Energia elétrica - Regulação - Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) - **Lesão ao interesse público** - Comprovação - Necessidade. AgInt na SS n. 3.295 - DF. RSTJ 262/23.

PrCv Exceção de contrato não cumprido - **Ação de cobrança** - Reprovação de parte dos serviços prestados. REsp n. 1.907.391 - RJ. RSTJ 262/692.

PrCv **Execução de alimentos** - [I] 5.478/1968, art. 13 - Tutela antecipada antes da citação. HC n. 622.826 - MG. RSTJ 262/707.

PrPn **Execução provisória da pena** - Impossibilidade - CPP, art.283 - Pena de reclusão superior a 15 anos. HC n. 649.103 - ES. RSTJ 262/1109.

F

Cm **Falência** - Créditos - Habilitação - Desnecessidade - Massa falida - Condenação - litigância de má-fé. REsp n. 1.383.914 - RS. RSTJ 262/774.

Pn Fato atípico - **Crime de gestão fraudulenta ou temerária de bancos** - Lei n. 1.521/1951 - Lei n. 4.591/1964. AgRg no AREsp n. 1.627.490 - DF. RSTJ 262/1053.

G

PrCv Gratuidade judiciária - **Honorários advocatícios** - Cabimento - Legitimidade recursal concorrente. REsp n. 1.776.425 - SP. RSTJ 262/686.

H

- Pv **Honorários advocatícios** - Benefício previdenciário recebido administrativamente. REsp n. 1.847.731 - RS. RSTJ 262/224.
- PrCv **Honorários advocatícios** - Cabimento - Gratuidade judiciária - Legitimidade recursal concorrente. REsp n. 1.776.425 - SP. RSTJ 262/686.

I

- Trbt Importação de aeronave - Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) Suspensão do recolhimento - **Pena de perdimento do bem.** REsp n. 1.932.864 - SP. RSTJ 262/375.
- Trbt **Imposto de Renda (IR) Denúncia espontânea** - [I] 9.430/1996, art. 47 - Multa de ofício - Afastamento. REsp n. 1.472.761 - PR. RSTJ 262/413.
- Trbt **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Creditamento - Possibilidade - CTN, art.166 - Querosene de aviação. REsp n. 1.844.316 - DF. RSTJ 262/365.
- Trbt **Imposto sobre Operações Financeiras (IOF)** - Fato gerador - Incidência - Adiantamento sobre contrato de câmbio (ACC). REsp n. 1.452.963 - SC. RSTJ 262/246.
- Trbt Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) Suspensão do recolhimento - Importação de aeronave - **Pena de perdimento do bem.** REsp n. 1.932.864 - SP. RSTJ 262/375.
- Cv Inadimplemento - Débito direto em conta corrente - Valor mínimo - Cláusula abusiva - Não configuração - **Contrato de cartão de crédito.** REsp n. 1.626.997 - RJ. RSTJ 262/820.
- PrCv **Incompetência** - Decisão rescindenda - Mérito - Não apreciação - Superior Tribunal de Justiça (STJ). AR n. 4.797 - MG. RSTJ 262/483.
- PrCv **Indenização por morte** - CPC, art. 833 - Seguro DPVAT - Impenhorabilidade. REsp n. 1.412.247 - MG. RSTJ 262/783.
- PrCv Inovação do julgamento - Não ocorrência - Contradição entre a tese firmada e a redação - Ocorrência - **Embargos de declaração** - Acolhimento. EDcl no REsp n. 1.807.665 - SC. RSTJ 262/123.
- PrCv Instância de origem - Não apreciação de tese imprescindível - **Julgado** - Anulação - Prestação jurisdicional - Não ocorrência. REsp n. 1.761.059 - SP. RSTJ 262/434.
- PrCv **Intimação em duplicidade** - Lei n. 11.4199/2006 - Portal eletrônico - Prevalência. EAREsp n. 1.663.952 - RJ. RSTJ 262/40.

PrPn **Invasão domiciliar** - Policial Militar - Constrangimento ilegal - Ocorrência - Crime de posse irregular de arma de fogo - Crime de tráfico de entorpecentes. AgRg no HC n. 653.202 - PE. RSTJ 262/1005.

J

PrCv **Julgado** - Anulação - Instância de origem - Não apreciação de tese imprescindível - Prestação jurisdicional - Não ocorrência. REsp n. 1.761.059 - SP. RSTJ 262/434.

PrCv Justiça Federal - **Competência** - Penhora penal - Penhora Trabalhista - Pluralidade de constrições Patrimoniais . CC n. 176.659 - GO. RSTJ 262/922.

L

PrCv Legitimidade recursal concorrente - Gratuidade judiciária - **Honorários advocatícios** - Cabimento. REsp n. 1.776.425 - SP. RSTJ 262/686.

Pn Lei n. 1.521/1951 - **Crime de gestão fraudulenta ou temerária de bancos** - Fato atípico - Lei n. 4.591/1964. AgRg no AREsp n. 1.627.490 - DF. RSTJ 262/1053.

Pn Lei n. 4.591/1964 - **Crime de gestão fraudulenta ou temerária de bancos** - Fato atípico - Lei n. 1.521/1951. AgRg no AREsp n. 1.627.490 - DF. RSTJ 262/1053.

PrPn Lei n. 13.769/2018 - Crime hediondo - **Progressão de regime**. HC n. 653.556 - SP. RSTJ 262/1122.

PrPn Lei n. 13.964/2019 - Apelação em liberdade - Impossibilidade - **Crime de homicídio triplamente qualificado**. HC n. 647.408 - CE. RSTJ 262/1091.

PrCv Lei n. 11.4199/2006 - **Intimação em duplicidade** - Portal eletrônico - Prevalência. EAREsp n. 1.663.952 - RJ. RSTJ 262/40.

PrCv Lesão à Ordem Pública - Não configuração - **Licitação** - Anulação - Impossibilidade - Serviço funerário - Serviço público retomado pelo Município. AgInt nos EDcl na SLS n. 2.814 - SP. RSTJ 262/33.

PrCv **Lesão ao interesse público** - Comprovação - Necessidade - Energia elétrica - Regulação - Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel). AgInt na SS n. 3.295 - DF. RSTJ 262/23.

PrCv **Licitação** - Anulação - Impossibilidade - Lesão à Ordem Pública - Não configuração - Serviço funerário - Serviço público retomado pelo Município. AgInt nos EDcl na SLS n. 2.814 - SP. RSTJ 262/33.

PrCv Locação fracionada - Hospedagem atípica - **Ação de obrigação de não fazer** - Condomínio edilício - Uso não residencial. REsp n. 1.819.075 - RS. RSTJ 262/834.

M

Cm Massa falida - Condenação - litigância de má-fé - Créditos - Habilitação - Desnecessidade - **Falência**. REsp n. 1.383.914 - RS. RSTJ 262/774.

PrCv Matéria constitucional - **Ação civil pública** - Aproveitamento hidroelétrico. REsp n. 1.641.107 - PA. RSTJ 262/257.

PrPn **Ministério Público** - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Não configuração - Colaboração premiada - Compartilhamento requerido pela Receita Federal. AgRg no REsp n. 1.882.079 - RS. RSTJ 262/1034.

PrPn **Ministério Público Estadual** - Legitimidade passiva *ad causam* - Preso em condições degradantes - Princípio da Fraternidade - Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. AgRg no RHC n. 136.961 - RJ. RSTJ 262/1022.

PrCv **Ministro do Trabalho e Emprego** - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Cadastro de empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo. MS n. 21.712 - DF. RSTJ 262/199.

Trbt Multa de ofício - Afastamento - [1] 9.430/1996, art. 47 - **Imposto de Renda (IR) Denúncia espontânea**. REsp n. 1.472.761 - PR. RSTJ 262/413.

O

PrPn Ordem pública - Violação - Não ocorrência - Compartilhamento de dados bancários - **Prova** - Ilicitude. AREsp n. 701.833 - SP. RSTJ 262/953.

P

Trbt **Pena de perdimento do bem** - Importação de aeronave - Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) Suspensão do recolhimento. REsp n. 1.932.864 - SP. RSTJ 262/375.

PrPn Pena de reclusão superior a 15 anos - CPP, art. 283 - **Execução provisória da pena** - Impossibilidade. HC n. 649.103 - ES. RSTJ 262/1109.

PrCv Penhora penal - Penhora Trabalhista - **Competência** - Justiça Federal - Pluralidade de constrições Patrimoniais . CC n. 176.659 - GO. RSTJ 262/922.

- Pn Penhora Penal - Penhora trabalhista - **Competência** - Pluralidade de constrições Patrimoniais. CC n. 175.033 - GO. RSTJ 262/913.
- Pv **Pensão por morte** - Beneficiário - Dependência econômica - Comprovação - Necessidade. REsp n. 1.699.663 - RN. RSTJ 262/305.
- Cm Plano de Recuperação - Coobrigados - Novação - Extensão - Impossibilidade - **Recuperação Judicial**. REsp n. 1.794.209 - SP. RSTJ 262/516.
- PrCv Pluralidade de constrições Patrimoniais - **Competência** - Justiça Federal - Penhora penal - Penhora Trabalhista. CC n. 176.659 - GO. RSTJ 262/922.
- Pn Pluralidade de constrições Patrimoniais - **Competência** - Penhora Penal - Penhora trabalhista. CC n. 175.033 - GO. RSTJ 262/913.
- PrCv Portal eletrônico - Prevalência - **Intimação em duplicidade** - Lei n. 11.419/2006. EAREsp n. 1.663.952 - RJ. RSTJ 262/40.
- PrPn Preso em condições degradantes - **Ministério Público Estadual** - Legitimidade passiva ad causam - Princípio da Fraternidade - Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. AgRg no RHC n. 136.961 - RJ. RSTJ 262/1022.
- PrCv Prestação jurisdicional - Não ocorrência - Instância de origem - Não apreciação de tese imprescindível - **Julgado** - Anulação. REsp n. 1.761.059 - SP. RSTJ 262/434.
- Adm Princípio da confiança - Dúvida objetiva - **Empregado público** - Admissão - Anulação - Impossibilidade. RMS n. 20.534 - RS. RSTJ 262/1143.
- PrPn Princípio da Fraternidade - **Ministério Público Estadual** - Legitimidade passiva ad causam - Preso em condições degradantes - Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. AgRg no RHC n. 136.961 - RJ. RSTJ 262/1022.
- Trbt Princípio da intranscendência - Câmara Municipal - Débito - Fazenda Nacional - **Certidão positiva de débitos com efeito de negativa** - Município . REsp n. 1.404.141 - PE. RSTJ 262/241.
- Trbt Princípio da segurança jurídica - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) - **Programa de Integração Social (PIS)** - Súmula n.544-STF - Varejista - Alíquota zero. REsp n. 1.725.452 - RS. RSTJ 262/315.
- PrPn Prisão preventiva - Regimento Interno do STJ - Observância - **Sustentação oral** - Não cabimento. AgRg no HC n. 613.555 - RJ. RSTJ 262/986.
- Cv Processo de Regularização urbanística - Pendência - **Usucapião** - Possibilidade. REsp n. 1.818.564 - DF. RSTJ 262/594.

- Cv Procuração em causa própria - **Transmissão de direitos reais ou pessoais**. REsp n. 1.345.170 - RS. RSTJ 262/741.
- Trbt **Programa de Integração Social (PIS)** - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) - Princípio da segurança jurídica - Súmula n.544-STF - Varejista - Alíquota zero. REsp n. 1.725.452 - RS. RSTJ 262/315.
- Trbt **Programa de Integração Social (PIS)** - Creditamento - Regime Monofásico - Revenda de mercadorias. EDv nos EAREsp n. 1.109.354 - SP. RSTJ 262/157.
- PrPn **Progressão de regime** - Crime hediondo - Lei n. 13.769/2018. HC n. 653.556 - SP. RSTJ 262/1122.
- PrPn **Prova** - Ilicitude - Compartilhamento de dados bancários - Ordem pública - Violação - Não ocorrência. AREsp n. 701.833 - SP. RSTJ 262/953.
- PrCv Publicidade enganosa - **Ação civil pública** - Alienação de terreno a consumidor de baixa renda - Dano moral coletivo. REsp n. 1.539.056 - MG. RSTJ 262/789.

Q

- Trbt Querosene de aviação - CTN, art.166 - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Creditamento - Possibilidade. REsp n. 1.844.316 - DF. RSTJ 262/365.

R

- Cm **Recuperação Judicial** - Coobrigados - Novação - Extensão - Impossibilidade - Plano de Recuperação. REsp n. 1.794.209 - SP. RSTJ 262/516.
- Trbt Regime Monofásico - **Programa de Integração Social (PIS)** - Creditamento - Revenda de mercadorias. EDv nos EAREsp n. 1.109.354 - SP. RSTJ 262/157.
- PrPn Regimento Interno do STJ - Observância - Prisão preventiva - **Sustentação oral** - Não cabimento. AgRg no HC n. 613.555 - RJ. RSTJ 262/986.
- Adm Registro imobiliário - Oponibilidade - **Terreno de Marinha** - Demarcação. REsp n. 1.393.722 - SC. RSTJ 262/235.
- PrCv Reprovação de parte dos serviços prestados - **Ação de cobrança** - Exceção de contrato não cumprido. REsp n. 1.907.391 - RJ. RSTJ 262/692.
- PrCv Restituição de valores - Impossibilidade - **Ação de obrigação de fazer** - Autor - Falecimento - Saúde complementar - Tutela antecipada - Revogação. REsp n. 1.725.736 - CE. RSTJ 262/659.

- Pn Réu e vítima - Namoro - Matrimônio - **Crime de estupro de vulnerável** - Súmula n.593-STJ - Inaplicabilidade. AREsp n. 1.555.030 - GO. RSTJ 262/972.
- Trbt Revenda de mercadorias - **Programa de Integração Social (PIS)** - Creditamento - Regime Monofásico. EDv nos EAREsp n. 1.109.354 - SP. RSTJ 262/157.

S

- PrCv Saúde complementar - **Ação de obrigação de fazer** - Autor - Falecimento - Restituição de valores - Impossibilidade - Tutela antecipada - Revogação. REsp n. 1.725.736 - CE. RSTJ 262/659.
- PrCv Seguro DPVAT - Impenhorabilidade - CPC, art. 833 - **Indenização por morte**. REsp n. 1.412.247 - MG. RSTJ 262/783.
- PrPn Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos - **Ministério Público Estadual** - Legitimidade passiva ad causam - Preso em condições degradantes - Princípio da Fraternidade. AgRg no RHC n. 136.961 - RJ. RSTJ 262/1022.
- PrCv Serviço funerário - Lesão à Ordem Pública - Não configuração - **Licitação** - Anulação - Impossibilidade - Serviço público retomado pelo Município. AgInt nos EDcl na SLS n. 2.814 - SP. RSTJ 262/33.
- PrCv Serviço público retomado pelo Município - Lesão à Ordem Pública - Não configuração - **Licitação** - Anulação - Impossibilidade - Serviço funerário. AgInt nos EDcl na SLS n. 2.814 - SP. RSTJ 262/33.
- Adm Sinalização turística - Implantação - Impossibilidade - Ação social - Não configuração - **Contrato de repasse com União**. REsp n. 1.927.701 - BA. RSTJ 262/471.
- Trbt Súmula n.544-STF - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) - Princípio da segurança jurídica - **Programa de Integração Social (PIS)** - Varejista - Alíquota zero. REsp n. 1.725.452 - RS. RSTJ 262/315.
- Pn Súmula n.593-STJ - Inaplicabilidade - **Crime de estupro de vulnerável** - Réu e vítima - Namoro - Matrimônio. AREsp n. 1.555.030 - GO. RSTJ 262/972.
- PrCv Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Decisão rescindenda - Mérito - Não apreciação - **Incompetência**. AR n. 4.797 - MG. RSTJ 262/483.
- PrPn Suspensão da investigação - Necessidade - Crédito tributário - Constituição - Não ocorrência - **Crime contra a Ordem Tributária**. RHC n. 143.516 - RJ. RSTJ 262/1126.

PrPn **Sustentação oral** - Não cabimento - Prisão preventiva - Regimento Interno do STJ - Observância . AgRg no HC n. 613.555 - RJ. RSTJ 262/986.

T

PrCv Técnica de ampliação do colegiado - Incidência - **Apelação não unânime**. REsp n. 1.868.072 - RS. RSTJ 262/447.

Adm **Terreno de Marinha** - Demarcação - Registro imobiliário - Oponibilidade. REsp n. 1.393.722 - SC. RSTJ 262/235.

Cv **Transmissão de direitos reais ou pessoais** - Procuração em causa própria. REsp n. 1.345.170 - RS. RSTJ 262/741.

PrCv Tutela antecipada - Revogação - **Ação de obrigação de fazer** - Autor - Falecimento - Restituição de valores - Impossibilidade - Saúde complementar. REsp n. 1.725.736 - CE. RSTJ 262/659.

PrCv Tutela antecipada antes da citação - [I] 5.478/1968, art. 13 - **Execução de alimentos**. HC n. 622.826 - MG. RSTJ 262/707.

U

PrCv Uso não residencial - **Ação de obrigação de não fazer** - Condomínio edilício - Locação fracionada - Hospedagem atípica. REsp n. 1.819.075 - RS. RSTJ 262/834.

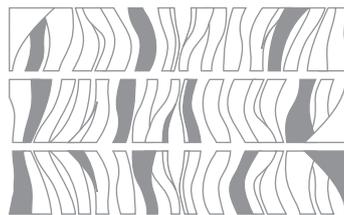
Cv **Usucapião** - Possibilidade - Processo de Regularização urbanística - Pendência. REsp n. 1.818.564 - DF. RSTJ 262/594.

PrCv Usufruto - Arrendamento rural - **Ação de reintegração de posse** - Usufrutuário - Falecimento. REsp n. 1.758.946 - SP. RSTJ 262/671.

PrCv Usufrutuário - Falecimento - **Ação de reintegração de posse** - Usufruto - Arrendamento rural. REsp n. 1.758.946 - SP. RSTJ 262/671.

V

Trbt Varejista - Alíquota zero - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) - Princípio da segurança jurídica - **Programa de Integração Social (PIS)** - Súmula n.544-STF. REsp n. 1.725.452 - RS. RSTJ 262/315.



Índice Sistemático

AÇÃO RESCISÓRIA - AR

4.797-MG Rel. Min. Maria Isabel Gallotti..... RSTJ 262/483.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AREsp

701.833-SP..... Rel. Min. Ribeiro Dantas RSTJ 262/953.

1.471.958-RS Rel. Min. Assusete Magalhães RSTJ 262/397.

1.555.030-GO..... Rel. Min. Ribeiro Dantas RSTJ 262/972.

AGRAVO INTERNO NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA - AgInt na SS

3.295-DF..... Rel. Min. Humberto Martins..... RSTJ 262/23.

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA - AgInt nos EDcl na SLS

2.814-SP..... Rel. Min. Humberto Martins..... RSTJ 262/33.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AgRg no AREsp

1.627.490-DF..... Rel. Min. Olindo Menezes
(Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) RSTJ 262/1053.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS - AgRg no HC

613.555-RJ Rel. Min. Felix Fischer RSTJ 262/986.

653.202-PE..... Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca..... RSTJ 262/1005.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS - AgRg no RHC

136.961-RJ Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca..... RSTJ 262/1022.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AgRg no REsp

1.865.363-SP..... Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro RSTJ 262/1080.
1.882.079-RS Rel. Min. Felix Fischer..... RSTJ 262/1034.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - CC

175.033-GO..... Rel. Min. Sebastião Reis Júnior..... RSTJ 262/913.
176.659-GO..... Rel. Min. Sebastião Reis Júnior..... RSTJ 262/922.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - EDcl no REsp

1.807.665-SC Rel. p/ o acórdão Min. Og Fernandes RSTJ 262/123.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - EAREsp

1.663.952-RJ Rel. Min. Raul Araújo..... RSTJ 262/40.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - EDv nos EAREsp

1.109.354-SP..... Rel. Min. Gurgel de Faria RSTJ 262/157.

HABEAS CORPUS - HC

622.826-MG Rel. Min. Maria Isabel Gallotti..... RSTJ 262/707.
647.408-CE Rel. Min. Olindo Menezes
(Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) RSTJ 262/1091.
649.103-ES Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro RSTJ 262/1109.
653.556-SP..... Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz RSTJ 262/1122.

MANDADO DE SEGURANÇA - MS

21.712-DF..... Rel. Min. Assusete Magalhães RSTJ 262/199.

RECURSO EM HABEAS CORPUS - RHC

143.516-RJ Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz RSTJ 262/1126.

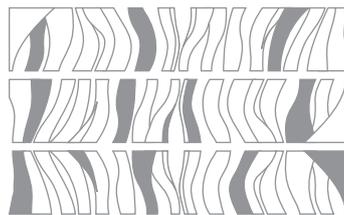
RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS

20.534-RS Rel. p/ o acórdão Min. Laurita Vaz RSTJ 262/1143.

RECURSO ESPECIAL - REsp

1.338.616-DF..... Rel. Min. Marco Buzzi..... RSTJ 262/731.
1.345.170-RS Rel. Min. Luis Felipe Salomão..... RSTJ 262/741.
1.383.914-RS Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira RSTJ 262/774.

| | | |
|--------------------|---|---------------|
| 1.393.722-SC | Rel. Min. Benedito Gonçalves | RSTJ 262/235. |
| 1.404.141-PE | Rel. Min. Sérgio Kukina | RSTJ 262/241. |
| 1.412.247-MG | Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira | RSTJ 262/783. |
| 1.452.963-SC | Rel. Min. Gurgel de Faria | RSTJ 262/246. |
| 1.472.761-PR..... | Rel. Min. Mauro Campbell Marques | RSTJ 262/413. |
| 1.539.056-MG | Rel. Min. Luis Felipe Salomão..... | RSTJ 262/789. |
| 1.626.997-RJ | Rel. Min. Marco Buzzi..... | RSTJ 262/820. |
| 1.641.107-PA | Rel. Min. Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região)..... | RSTJ 262/257. |
| 1.699.663-RN | Rel. Min. Regina Helena Costa | RSTJ 262/305. |
| 1.699.855-RS | Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze | RSTJ 262/635. |
| 1.725.452-RS | Rel. p/ o acórdão Min. Regina Helena Costa..... | RSTJ 262/315. |
| 1.725.736-CE..... | Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino | RSTJ 262/659. |
| 1.758.946-SP..... | Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze | RSTJ 262/671. |
| 1.761.059-SP..... | Rel. Min. Mauro Campbell Marques | RSTJ 262/434. |
| 1.776.425-SP..... | Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino | RSTJ 262/686. |
| 1.794.209-SP..... | Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva | RSTJ 262/516. |
| 1.794.854-DF..... | Rel. Min. Laurita Vaz..... | RSTJ 262/932. |
| 1.818.564-DF..... | Rel. Min. Moura Ribeiro..... | RSTJ 262/594. |
| 1.819.075-RS | Rel. p/ o acórdão Min. Raul Araújo | RSTJ 262/834. |
| 1.844.316-DF..... | Rel. Min. Benedito Gonçalves | RSTJ 262/365. |
| 1.847.731-RS | Rel. Min. Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região)..... | RSTJ 262/224. |
| 1.868.072-RS | Rel. Min. Francisco Falcão | RSTJ 262/447. |
| 1.885.365-PA | Rel. Min. Og Fernandes..... | RSTJ 262/456. |
| 1.907.391-RJ | Rel. Min. Moura Ribeiro..... | RSTJ 262/692. |
| 1.927.701-BA..... | Rel. Min. Francisco Falcão | RSTJ 262/471. |
| 1.932.864-SP..... | Rel. Min. Sérgio Kukina | RSTJ 262/375. |



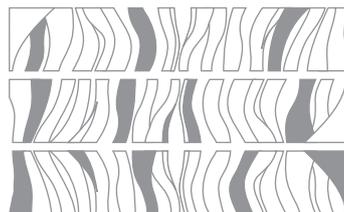
Siglas e Abreviaturas

| | |
|--------|---|
| AC | Apelação Cível |
| Adm | Administrativo |
| Ag | Agravo de Instrumento |
| AgInt | Agravo Interno |
| AgRg | Agravo Regimental |
| AI | Argüição de Inconstitucionalidade |
| ANA | Agência Nacional de Águas |
| Anatel | Agência Nacional de Telecomunicações |
| Aneel | Agência Nacional de Energia Elétrica |
| APn | Ação Penal |
| AR | Ação Rescisória |
| CAt | Conflito de Atribuições |
| CC | Código Civil |
| CC | Conflito de Competência |
| CCm | Código Comercial |
| Cm | Comercial |
| CNE | Conselho Nacional de Educação |
| Com | Comunicação |
| CP | Código Penal |
| CPC | Código de Processo Civil |
| CDC | Código de Proteção e Defesa do Consumidor |
| CPP | Código de Processo Penal |
| CR | Carta Rogatória |
| CRI | Carta Rogatória Impugnada |
| Ct | Constitucional |
| CTB | Código de Trânsito Brasileiro |
| CTN | Código Tributário Nacional |
| Cv | Civil |
| D | Decreto |

| | |
|--------|---|
| DL | Decreto-Lei |
| DNAEE | Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica |
| E | Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça |
| EAC | Embargos Infringentes em Apelação Cível |
| EAR | Embargos Infringentes em Ação Rescisória |
| EAg | Embargos de Divergência no Agravo |
| EC | Emenda Constitucional |
| ECA | Estatuto da Criança e do Adolescente |
| EDcl | Embargos de Declaração |
| EJSTJ | Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça |
| EI | Eleitoral |
| EREsp | Embargos de Divergência em Recurso Especial |
| ERMS | Embargos Infringentes no Recurso em Mandado de Segurança |
| ExImp | Exceção de Impedimento |
| ExSusp | Exceção de Suspeição |
| ExVerd | Exceção da Verdade |
| ExecAR | Execução em Ação Rescisória |
| ExecMC | Execução em Medida Cautelar |
| ExecMS | Execução em Mandado de Segurança |
| HC | <i>Habeas Corpus</i> |
| HD | <i>Habeas Data</i> |
| HSE | Homologação de Sentença Estrangeira |
| IDC | Incidente de Deslocamento de Competência |
| IExec | Incidente de Execução |
| IF | Intervenção Federal |
| IJ | Interpelação Judicial |
| Inq | Inquérito |

| | |
|-------|---|
| IPVA | Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores |
| IUJ | Incidente de Uniformização de Jurisprudência |
| LC | Lei Complementar |
| LCP | Lei das Contravenções Penais |
| Loman | Lei Orgânica da Magistratura |
| LONMP | Lei Orgânica Nacional do Ministério Público |
| MC | Medida Cautelar |
| MC | Ministério das Comunicações |
| MI | Mandado de Injunção |
| MS | Mandado de Segurança |
| NC | Notícia-Crime |
| PA | Processo Administrativo |
| Pet | Petição |
| PExt | Pedido de Extensão |
| Pn | Penal |
| Prc | Precatório |
| PrCv | Processual Civil |
| PrPn | Processual Penal |
| Pv | Previdenciário |
| QO | Questão de Ordem |
| R | Revista do Superior Tribunal de Justiça |
| Rcl | Reclamação |
| RD | Reconsideração de Despacho |
| RE | Recurso Extraordinário |
| REsp | Recurso Especial |
| RHC | Recurso em <i>Habeas Corpus</i> |
| RHD | Recurso em <i>Habeas Data</i> |
| RMI | Recurso em Mandado de Injunção |
| RMS | Recurso em Mandado de Segurança |

| | |
|------|---|
| RO | Recurso Ordinário |
| Rp | Representação |
| RSTJ | Revista do Superior Tribunal de Justiça |
| RvCr | Revisão Criminal |
| S | Súmula |
| SAF | Secretaria de Administração Federal |
| Sd | Sindicância |
| SEC | Sentença Estrangeira Contestada |
| SF | Senado Federal |
| SL | Suspensão de Liminar |
| SLS | Suspensão de Liminar e de Sentença |
| SS | Suspensão de Segurança |
| STA | Suspensão de Tutela Antecipada |
| Tr | Trabalho |
| Trbt | Tributário |



**Repositórios Autorizados e Credenciados pelo
Superior Tribunal de Justiça**

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

01. Lex - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 1 de 19.08.1985 - DJ 21.08.1985 - **Registro revalidado** - Edital de 20.10.1989 - DJ 24.10.1989 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 11.12.2012 - DJe 13.12.2012.

02. Revista de Direito Administrativo - editada pela Editora Renovar Ltda. - Portaria n. 2 de 19.08.1985 - DJ 21.08.1985 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 05.09.2007 - DJ 19.09.2007.

03. Revista LTr - Legislação do Trabalho - editada pela LTr Editora Ltda. - Portaria n. 5 de 26.08.1985 - DJ 28.08.1985 - **Registro revalidado** - Edital de 20.10.1989 - DJ 24.10.1989 - **Registro alterado** - Portaria n. 5 de 22.11.2011 - DJe de 23.11.2011.

04. Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 6 de 09.09.1985 - DJ 12.09.1985 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.

05. Julgados dos Tribunais Superiores - editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. - Portaria n. 7 de 06.11.1987 - DJ 10.11.1987 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001.

06. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - Portaria n. 1 de 29.11.1989 - DJ 1º.12.1989 - **Registro alterado/retificado** - Portaria n. 3 de 19.06.2002 - DJ de 25.06.2002.

07. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Portaria n. 1 de 08.02.1990 - DJ 12.02.1990 - **Registro alterado** - Portaria n. 3 de 19.03.2010 - DJe 22.03.2010.

08. Revista Jurídica Mineira - Portaria n. 3 de 02.04.1990 - DJ 04.04.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 13.05.1999 - DJ 04.06.1999.

09. Revista Jurídica - de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. (anteriormente editada pela Notadez Informações Ltda.) - Portaria n. 4 de 02.04.1990 - DJ 04.04.1990.

10. Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul - Portaria n. 5 de 02.05.1990 - DJ 09.05.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 16.11.2000 - DJ 24.11.2000.

11. Revista de Processo - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 6 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990.

12. Revista de Direito Civil - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 7 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 06.06.2000 - DJ 09.06.2000.

13. Revista dos Tribunais - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 8 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990.

14. Revista de Direito Público - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 9 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 11.06.2001 - DJ 19.06.2001.

15. Revista Ciência Jurídica - editada pela Editora Ciência Jurídica Ltda. - Portaria n. 10 de 21.08.1990 - DJ 24.08.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 04.07.2003 - DJ 14.07.2003.

16. Revista Jurisprudência Mineira - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Portaria n. 12 de 10.09.1990 - DJ 12.09.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2, de 12.04.2018 - DJe 13.04.2018.

17. Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais - Portaria n. 13 de 17.12.1990 - DJ 19.12.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 10 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

18. Jurisprudência Catarinense - editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Portaria n. 1 de 22.05.1991 - DJ 27.05.1991.

19. Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 16.09.1991 - DJ 20.09.1991 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.

20. Lex - Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 1 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

21. Jurisprudência do Tribunal de Justiça - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 2 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 16.11.2000 - DJ 24.11.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 29.10.2013 - DJe de 05.11.2013.

22. Lex - Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 3 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 11.12.2012 - DJe 13.12.2012.

23. Revista de Previdência Social - editada pela LTr Editora Ltda. - Portaria n. 4 de 20.04.1992 - DJ 24.04.1992.

24. Revista Forense - editada pela Editora Forense - Portaria n. 5 de 22.06.1992 - DJ 06.07.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 22.11.2011 - DJe de 23.11.2011.
25. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados - editada pela Editora Juríd Vellenich Ltda. - Portaria n. 6 de 06.11.1992 - DJ 10.11.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 04.07.2003 - DJ 14.07.2003.
26. Série - Jurisprudência ADCOAS - editada pela Editora Esplanada Ltda. - Portaria n. 1 de 18.02.1993 - DJ 25.02.1993 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 23.08.2004 - DJ 26.08.2004.
27. Revista Ata - Arquivos dos Tribunais de Alçada do Estado do Rio de Janeiro - Portaria n. 2 de 11.02.1994 - DJ 18.02.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 04.05.1999 - DJ 18.05.1999.
28. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região - editada pela Livraria do Advogado Ltda. - Portaria n. 3 de 02.03.1994 - DJ 07.03.1994.
29. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Portaria n. 4 de 15.06.1994 - DJ 17.06.1994.
30. Genesis - Revista de Direito do Trabalho - editada pela Genesis Editora - Portaria n. 5 de 14.09.1994 - DJ 16.09.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
31. Decisório Trabalhista - editada pela Editora Decisório Trabalhista Ltda. - Portaria n. 6 de 02.12.1994 - DJ 06.12.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 28.06.2013 - DJe 1º.07.2013.
32. Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo - Portaria n. 1 de 18.12.1995 - DJ 20.12.1995 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
33. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região - editada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região - Portaria n. 1 de 11.04.1996 - DJ 22.04.1996 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 18.06.2010 - DJe 22.06.2010.
34. Lex - Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 2 de 29.04.1996 - DJ 02.05.1996 - **Registro cancelado** - Portaria n. 11 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
35. Revista de Direito Renovar - editada pela Editora Renovar Ltda. - Portaria n. 3 de 12.08.1996 - DJ 15.08.1996. - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 1º.06.2017 - DJe 07.06.2017.
36. Revista Dialética de Direito Tributário - editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. - Portaria n. 1 de 16.06.1997 - DJ 23.06.1997 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 20.04.2016 - DJe 03.05.2016.

37. Revista do Ministério Público - Portaria n. 1 de 26.10.1998 - DJ 05.11.1998 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999.
38. Revista Jurídica Consulex - editada pela Editora Consulex Ltda. - Portaria n. 1 de 04.02.1999 - DJ 23.02.1999 - Republicada em 25.02.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001.
39. Genesis - Revista de Direito Processual Civil - editada pela Genesis Editora - Portaria n. 2 de 12.04.1999 - DJ 15.04.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
40. Jurisprudência Brasileira Criminal - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 6 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.
41. Jurisprudência Brasileira Trabalhista - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 7 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.
42. Revista de Estudos Tributários - editada pela marca SÍNTESE, de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 8 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999.
43. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - editada pela Editora Brasília Jurídica Ltda. - Portaria n. 10 de 29.06.1999 - DJ 05.07.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 23.08.2004 - DJ 26.08.2004.
44. Revista Interesse Público - editada pela Editora Fórum Ltda. - Portaria n. 1 de 14.03.2000 - DJ 21.03.2000.
45. Revista SÍNTESE Direito Civil e Processual Civil - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 2 de 14.03.2000 - DJ 21.03.2000 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
46. Revista SÍNTESE Direito de Família - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 29.03.2000 - DJ 03.04.2000 - **Registro retificado** - Portaria n. 2 de 14.09.2009 - DJe 15.09.2009 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
47. Revista ADCOAS Previdenciária - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 5 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
48. Revista ADCOAS Trabalhista - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 6 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 7 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

49. Revista de Jurisprudência ADCOAS - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 7 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 9 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
50. Revista SÍNTESE Direito Penal e Processual Penal - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 4 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
51. Revista Tributária e de Finanças Públicas - editada pela Editora Revista dos Tribunais - Portaria n. 6 de 11.06.2001 - DJ 19.06.2001 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 21.03.2018 - DJe 22.03.2018.
52. Revista Nacional de Direito e Jurisprudência - editada pela Nacional de Direito Livraria Editora Ltda. - Portaria n. 1 de 08.04.2002 - DJ 02.05.2002 - Republicada em 19.04.2002 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 31.07.2009 - DJe 05.08.2009.
53. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região - editada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região - Portaria n. 2 de 23.04.2002 - DJ 02.05.2002 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 09.04.2010 - DJe 18.04.2010.
54. Revista Dialética de Direito Processual - editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. - Portaria n. 1 de 30.06.2003 - DJ 07.07.2003 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 20.04.2016 - DJe 03.05.2016.
55. Revista Juris Plenum - editada pela Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 1 de 23.05.2005 - DJ 30.05.2005 - **Registro alterado** - Portaria n. 5 de 28.11.2013 - DJe 29.11.2013.
56. Revista Bonijuris - versão impressa - co-editada pelo Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, Associação dos Magistrados do Paraná (Amapar), Associação dos Magistrados Catarinense (AMC) e Associação dos Magistrados do Trabalho IX e XII (Amatra) - Portaria n. 2 de 18.10.2005 - DJ 27.10.2005.
57. Revista Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária - editada pela Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 3 de 16.12.2005 - DJ 08.02.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 9 de 12.12.2011 - DJe 14.12.2011.
58. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 4 de 02.08.2006 - DJ 09.08.2006.
59. CD-ROM - Jur Magister - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 5 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 11.12.2013 - DJe 12.12.2013.
60. DVD - Magister - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 6 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006.

61. Revista Previdenciária e Trabalhista Gazetajuris - editada pela Editora Portal Jurídico Ltda. - Portaria n. 7 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
62. CD-ROM - Gazetajuris - editado pela Editora Portal Jurídico Ltda. - Portaria n. 8 de 02.10.2006 - DJ 04.10.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 12.11.2008 - DJe 17.11.2008.
63. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 1 de 1º.02.2008 - DJ 11.02.2008.
64. Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 2 de 1º.02.2008 - DJ 11.02.2008.
65. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 4 de 10.10.2008 - DJe 15.10.2008 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 27.11.2014 - DJe 03.12.2014.
66. Revista de Direito Tributário da Associação Paulista de Estudos Tributários - editada pela MP Editora Ltda. - Portaria n. 5 de 30.10.2008 - DJe 07.11.2008. **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 1º.09.2017 - DJe 04.09.2017.
67. Portal da Rede Mundial de Computadores “editoramagister.com” - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 7 de 15.12.2008 - DJe 17.12.2008.
68. “Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul” (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: https://www.tjrs.jus.br/site/publicacoes/revista_da_jurisprudencia/ - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Grande do Sul - Portaria n. 1 de 19.02.2010 - DJe 24.02.2010 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 4 de 19.03.2010 - DJe 22.03.2010.
69. Portal da Rede Mundial de Computadores - “jurisprudência-online” - editada pela Associação dos Advogados de São Paulo - Portaria n. 2 de 19.02.2010 - DJe 24.02.2010.
70. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: https://www.trf5.jus.br/revista_jurisprudencia/ - editado pelo Tribunal Federal Regional da 5ª Região - Portaria n. 5 de 09.04.2010 - DJe 13.04.2010.
71. DVD ROM Datadez - de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. (anteriormente editado pela Notadez Informações Ltda.) - Portaria n. 7 de 10.09.2010 - DJe 14.09.2010 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 22.11.2011 - DJe 23.11.2011.

72. Portal da Rede Mundial de Computadores - “Plenum On-line” - endereço “www.plenum.com.br” - editado pela Plenum Editora Ltda. - Portaria n. 1 de 31.01.2011 - DJe 02.02.2011.

73. DVD-ROM - Juris Síntese DVD - editado pela marca “Síntese”, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 2 de 31.01.2011 - DJe 02.02.2011.

74. Portal da Rede Mundial de Computadores - “JURIS SÍNTESE ONLINE” - endereço eletrônico: <https://online.sintese.com/> - produto digital da marca Síntese, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 29.04.2011 - DJe 03.05.2011.

75. Portal da Rede Mundial de Computadores - “SINTESENET” - endereço eletrônico: <https://online.sintese.com/> - produto digital da marca Síntese, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 4 de 29.04.2011 - DJe 03.05.2011.

76. DVD-ROM Juris Plenum Ouro - de responsabilidade da Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 7 de 22.11.2011 - DJe 23.11.2011.

77. CD-ROM “JURID - Biblioteca Jurídica Digital”, versão “Jurid Premium” - de propriedade da JURID Publicações Eletrônicas Ltda. - Portaria n. 1 de 07.05.2012 - DJe 09.05.2012 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 19.11.2014 - DJe 19.11.2014.

78. Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: <https://coad.com.br/juridico> - produto “COAD/ADV/CT - Advocacia Dinâmica e Consultoria Trabalhista”, de propriedade da Atualização Profissional COAD Ltda. - Portaria n. 1 de 28.02.2013 - DJe 04.03.2013 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 03.10.2013 - DJe de 07.10.2013.

79. Revista “Jurisprudência Catarinense” (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: <https://busca.tjsc.jus.br/revistajc/> - editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Portaria n. 1 de 06.04.2015 - DJe 08.04.2015.

80. Página em Portal da Rede Mundial de Computadores - de propriedade do Instituto Brasileiro de Direito de Família - endereço eletrônico: <https://www.ibdfam.org.br> - Portaria n. 3 de 27.09.2016 - DJe 04.10.2016.

81. Revista Bahia Forense - Editada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia - Portaria n. 3 de 13.09.2017 - DJe 14.09.2017.

82. Página em Portal da Rede Mundial de Computadores - Revista Jurisprudência Mineira - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (versão eletrônica) - endereço eletrônico: <https://revistajurisprudencia.tjmg.jus.br> - Portaria n. 2 de 12.04.2018 - DJe 13.04.2018.

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