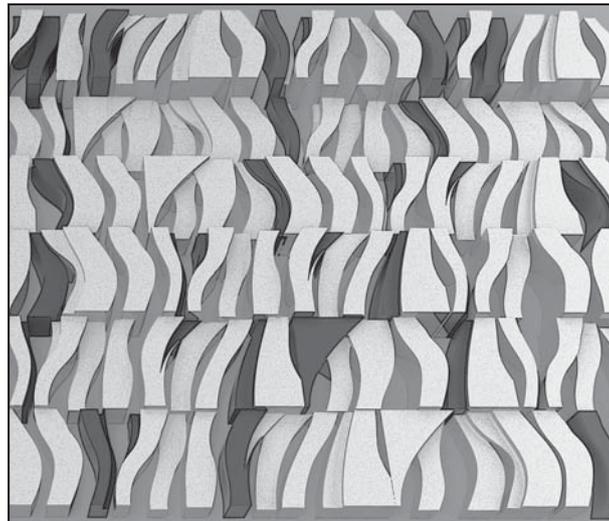


REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA

VOLUME 227, TOMO 2

ANO 24

JULHO/AGOSTO/SETEMBRO 2012

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretora

Ministra Nancy Andrichi

Chefe de Gabinete

Marcos Perdigão Bernardes

Servidores

Andrea Dias de Castro Costa

Eloame Augusti

Gerson Prado da Silva

Jacqueline Neiva de Lima

Maria Angélica Neves Sant'Ana

Técnico em Secretariado

Fagno Monteiro Amorim

Mensageiro

Cristiano Augusto Rodrigues Santos

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) 3319-8003, Fax (61) 3319-8992

Revista do Superior Tribunal de Justiça - n. 1 (set. 1989) -. Brasília : STJ, 1989 -.Periodicidade varia: Mensal, do n. 1 (set. 1989) ao n. 202 (jun. 2006), Trimestral a partir do n. 203 (jul/ago/set. 2006).

Repositório Oficial da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Nome do editor varia: Superior Tribunal de Justiça/Editora Brasília Jurídica, set. 1989 a dez. 1998; Superior Tribunal de Justiça/Editora Consulex Ltda, jan. 1999 a dez. 2003; Superior Tribunal de Justiça/ Editora Brasília Jurídica, jan. 2004 a jun. 2006; Superior Tribunal de Justiça, jul/ago/set 2006-.

Disponível também em versão eletrônica a partir de 2009:

<https://ww2.stj.jus.br/web/revista/eletronica/publicacao/?aplicacao=revista.eletronica>.

ISSN 0103-4286.

1. Direito, Brasil. 2. Jurisprudência, periódico, Brasil. I. Brasil. Superior Tribunal de Justiça (STJ). II. Título.

CDU 340.142 (81) (05)

REVISTA

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Diretora

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário

Ministro **Felix Fischer** (*Presidente*)

Ministro **Gilson Langaro Dipp** (*Vice-Presidente*)

Ministro Francisco **Cesar Asfor Rocha***

Ministro **Ari Pargendler**

Ministra **Eliana Calmon** Alves (*Diretora-Geral da ENFAM*)

Ministro **Francisco** Cândido de Melo **Falcão** Neto (*Corregedor Nacional de Justiça*)

Ministra Fátima **Nancy Andrichi** (*Diretora da Revista*)

Ministra **Laurita** Hilário **Vaz**

Ministro **João Otávio de Noronha** (*Corregedor-Geral da Justiça Federal*)

Ministro **Teori Albino Zavascki**

Ministro José de **Castro Meira**

Ministro **Arnaldo Esteves Lima**

Ministro **Massami Uyeda**

Ministro **Humberto** Eustáquio Soares **Martins**

Ministra **Maria Thereza** Rocha de **Assis Moura**

Ministro Antonio **Herman** de Vasconcellos e **Benjamin**

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Sidnei** Agostinho **Beneti**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro Geraldo **Og** Nicéas Marques **Fernandes**

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Mauro** Luiz **Campbell Marques**

Ministro **Benedito Gonçalves**

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**

Resolução n. 19/1995-STJ, art. 3º.

RISTJ, arts. 21, III e VI; 22, § 1º, e 23.

(*) Ministro ativo até 3.9.2012

CORTE ESPECIAL (Sessões às 1ª e 3ª quartas-feiras do mês)

Ministro **Felix Fischer** (*Presidente*)

Ministro **Gilson Dipp** (*Vice-Presidente*)

Ministro **Cesar Asfor Rocha***

Ministro **Ari Pargendler**

Ministra **Eliana Calmon**

Ministro **Francisco Falcão**

Ministra **Nancy Andrighi**

Ministra **Laurita Vaz**

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministro **Teori Albino Zavascki**

Ministro **Castro Meira**

Ministro **Arnaldo Esteves Lima**

Ministro **Massami Uyeda**

Ministro **Humberto Martins**

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

Ministro **Herman Benjamin**

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

Ministro **Castro Meira** (*Presidente*)

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

Ministro **Arnaldo Esteves Lima** (*Presidente*)

Ministro **Ari Pargendler**

Ministro **Teori Albino Zavascki**

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Benedito Gonçalves**

* Ministro ativo até 3.9.2012

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

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

Ministro **Cesar Asfor Rocha***

Ministra **Eliana Calmon**

Ministro **Castro Meira**

Ministro **Humberto Martins**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

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

Ministro **Sidnei Beneti** (*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 **Massami Uyeda**

Ministro **Sidnei Beneti**

Ministro **Villas Bôas Cueva**

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

Ministro **Luis Felipe Salomão** (*Presidente*)

Ministro **Raul Araújo**

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro **Marco Buzzi**

* Ministro ativo até 3.9.2012

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

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** (*Presidenta*)

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

Ministro **Marco Aurélio Bellizze** (*Presidente*)

Ministra **Laurita Vaz**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro **Campos Marques***

Ministra **Marilza Maynard****

Ministro **Adilson Macabu*****

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

Ministro **Og Fernandes** (*Presidente*)

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministra **Assusete Magalhães**

Ministra **Alderita Ramos de Oliveira******

* Desembargador convocado (TJ-PR)

** Desembargadora convocada (TJ-SE)

*** Desembargador convocado (TJ-RJ) - até 22.8.2012

**** Desembargadora convocada (TJ-PE)

COMISSÕES PERMANENTES

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro **João Otávio de Noronha** (*Presidente*)

Ministro **Castro Meira**

Ministro **Massami Uyeda**

Ministro **Jorge Mussi** (*Suplente*)

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministra **Laurita Vaz** (*Presidenta*)

Ministro **Teori Albino Zavascki**

Ministro **Sidnei Beneti**

Ministro **Herman Benjamin** (*Suplente*)

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Ministra **Nancy Andrichi** (*Presidenta*)

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Og Fernandes**

Ministro **Humberto Martins** (*Suplente*)

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministro **Gilson Dipp** (*Presidente*)

Ministro **Francisco Falcão**

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Raul Araújo**

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Ministra **Nancy Andriahi** (*Corregedora-Geral*)

Ministra **Laurita Vaz** (*Efetivo*)

Ministro **Teori Albino Zavascki** (*1º Substituto*)

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

Ministro **Felix Fischer** (*Presidente*)

Ministro **Gilson Dipp** (*Vice-Presidente*)

Ministro **João Otávio de Noronha** (*Corregedor-Geral da Justiça Federal*)

Membros Efetivos

Ministro **Teori Albino Zavascki**

Ministro **Castro Meira**

Juiz Mário César Ribeiro (*TRF 1ª Região*)

Juíza Maria Helena Cisne (*TRF 2ª Região*)

Juiz Newton De Lucca (*TRF 3ª Região*)

Juíza Marga Inge Barth Tessler (*TRF 4ª Região*)

Juiz Paulo Roberto de Oliveira Lima (*TRF 5ª Região*)

Membros Suplentes

Ministro **Arnaldo Esteves Lima**

Ministro **Massami Uyeda**

Ministro **Humberto Martins**

Juiz Daniel Paes Ribeiro (*TRF 1ª Região*)

Juiz Raldênio Costa (*TRF 2ª Região*)

Juíza Maria Salette Camargo Nascimento (*TRF 3ª Região*)

Juiz Luiz Carlos de Castro Lugon (*TRF 4ª Região*)

Juiz Rogério Meneses Fialho Moreira (*TRF 5ª Região*)



SUMÁRIO

TOMO 1

JURISPRUDÊNCIA

Corte Especial	17
Primeira Seção.....	171
Primeira Turma	227
Segunda Turma	295
Segunda Seção.....	389
Terceira Turma	435

TOMO 2

JURISPRUDÊNCIA

Quarta Turma.....	573
Terceira Seção.....	721
Quinta Turma.....	755
Sexta Turma.....	849

SÚMULAS	935
----------------------	-----

ÍNDICE ANALÍTICO	959
-------------------------------	-----

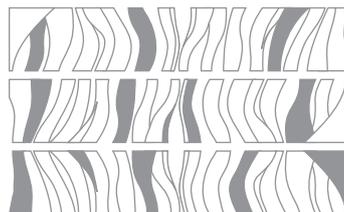
ÍNDICE SISTEMÁTICO	979
---------------------------------	-----

SIGLAS E ABREVIATURAS	985
------------------------------------	-----

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	991
--	-----



Jurisprudência



Quarta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N.
1.391.012-RJ (2011/0040886-8)**

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Agravante: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda.

Advogados: Ana Cláudia Duarte Diniz

Ilan Goldberg e outro(s)

Agravado: Rita de Cássia Fernandes de Almeida

Advogado: Frederico de Moura Leite Estefan e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Deficiência na instrução. Falta de peça obrigatória. Art. 544, § 1º, do CPC, em sua redação anterior. Súmula n. 288-STF. Precedentes. Direito intertemporal. Recurso interposto na vigência da lei anterior. Necessidade de formação do instrumento.

1. Compete ao agravante zelar pela correta formação do instrumento, sendo indispensável a efetiva apresentação de todas as peças obrigatórias e essenciais à compreensão da controvérsia.

2. No presente caso, o agravo deixou de ser instruído com cópia do inteiro teor da decisão que negou seguimento ao recurso especial, peça obrigatória exigida pelo § 1º do art. 544 do CPC.

3. A ausência de qualquer das peças obrigatórias elencadas no referido dispositivo revela má formação do instrumento interposto.

4. Ao recurso interposto sob a vigência da lei anterior não se aplica a alteração legislativa que transformou o agravo de instrumento em agravo nos próprios autos. A Lei n. 12.322/2010 entrou em vigor em 9 de dezembro de 2010. Precedentes.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros

Marco Buzzi, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 3 de maio de 2012 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 15.5.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão assim proferida pelo eminente Ministro Presidente desta Corte (fl. 299): “Nego seguimento ao agravo em razão da deficiente formação do instrumento; falta cópia do inteiro teor da decisão que negou seguimento ao recurso especial”.

No regimental, alega a agravante (fls. 308-312) que:

(...) cumpre ressaltar a Lei n. 12.322/2010, que alterou o *caput* do artigo 544, cuja redação passou a ser a seguinte (...). Com efeito, pelo novo sistema a interposição do agravo de instrumento em caso de inadmissão do Recurso Especial ou do Recurso Extraordinário, deve ser feito nos próprios autos do recurso não admitido. Desta forma, não há mais a necessidade de formar o instrumento mediante traslado de cópias, tal como estabelecia o § 1º do art. 544 do CPC, em sua redação anterior.

Ao final, requer o provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): O recurso não merece prosperar e a decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

A parte agravante não zelou pela correta formação do instrumento de agravo, ao deixar de juntar cópia do inteiro teor da decisão que negou seguimento ao recurso especial.

Portanto, o agravo não atende ao disposto no art. 544, § 1º, do CPC (com a redação anterior à Lei n. 12.322/2010), sendo certo que a ausência de

qualquer das peças elencadas no referido artigo, por serem obrigatórias, revela má formação do instrumento interposto.

Ademais, a jurisprudência em torno da matéria está sedimentada consoante a Súmula n. 288-STF, aplicável por analogia:

Nega-se provimento a agravo para subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição de recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia.

De seu turno, tangencia a má-fé a alegação de desnecessidade de cópias em virtude da edição da Lei n. 12.322/2010.

Com efeito, a referida Lei foi publicada em 9 de setembro de 2010, com *vacatio* de 90 (noventa) dias após a data de sua publicação oficial, tendo entrado em vigor em 9 de dezembro de 2010. Consoante a Lei Complementar n. 95/1988, em seu art. 8º, § 1º, a contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância ocorrerá com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral.

Assim, considerando a interposição do agravo em 10 de setembro de 2010, a ele se aplica a lei anterior, fazendo-se necessária, portanto, a devida formação do instrumento. A propósito, esta Corte concluiu:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Ausência da cópia do protocolo de interposição do recurso especial. Documento necessário. Extemporaneidade. Lei n. 12.322/2010.

I - A extemporaneidade deve ser aferida por meio do cotejo entre as datas de publicação do acórdão de embargos de declaração, comprovada por meio da respectiva certidão de publicação ou intimação pessoal, e do protocolo de interposição do recurso especial. Precedente: AgRg no Ag n. 1.293.489-PB, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 28.6.2011.

II - A Lei n. 12.322, que estabeleceu o agravo nos próprios autos, entrou em vigor em dezembro de 2010, não alcançando casos em que a decisão que inadmitiu o recurso especial tenha sido publicada em data anterior. Precedentes: EDcl no AgRg no Ag n. 1.386.610-RS, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 5.10.2011; AgRg no Ag n. 1.160.507-RS, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 17.8.2011.

III. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag n. 1.400.931-RS, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 6.3.2012, DJe 16.3.2012).

Processual Civil. Agravo regimental. Deficiência na instrução. Falta de peça obrigatória. Art. 544, § 1º, do CPC, em sua redação anterior. Súmula n. 288-STF. Precedentes. Direito intertemporal. Recurso interposto na vigência da lei anterior. Necessidade de formação do instrumento.

1. Compete ao agravante zelar pela correta formação do instrumento, sendo indispensável à efetiva apresentação de todas as peças obrigatórias e essenciais à compreensão da controvérsia.

2. O agravo deixou de ser instruído com cópia do inteiro teor das contrarrazões oferecidas ao recurso especial, peça obrigatória exigida pelo § 1º do art. 544 do Código de Processo Civil.

3. A ausência de qualquer das peças obrigatórias elencadas no referido dispositivo revela má formação do instrumento interposto.

4. Ao recurso interposto sob a vigência da lei anterior não se aplica a alteração legislativa que transformou o agravo de instrumento em agravo nos próprios autos.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag n. 1.407.812-PB, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 15.3.2012, DJe 20.3.2012).

Assim, não prosperam as alegações postas no regimental, incapazes de alterar os fundamentos da decisão impugnada.

Ante ao exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 596.764-MG (2003/0177227-5)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Disque Amizade do Brasil Ltda.

Advogado: José Anchieta da Silva e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Movimento das Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais

Advogado: Délio de Jesus Malheiros e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Ação civil pública. Termo de ajustamento de conduta. Não obrigatoriedade de o Ministério Público aceitá-lo ou de negociar suas cláusulas. Inexistência de direito subjetivo do particular.

1. Tanto o art. 5º, § 6º, da LACP quanto o art. 211 do ECA dispõem que os legitimados para a propositura da ação civil pública “poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais”.

2. Do mesmo modo que o MP não pode obrigar qualquer pessoa física ou jurídica a assinar termo de cessação de conduta, o *Parquet* também não é obrigado a aceitar a proposta de ajustamento formulada pelo particular. Precedente.

3. O compromisso de ajustamento de conduta é um acordo semelhante ao instituto da conciliação e, como tal, depende da convergência de vontades entre as partes.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Brasília (DF), 17 de maio de 2012 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 23.5.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Cuida-se de recurso especial, fundado na alínea **a** do permissivo constitucional, interposto por *Disque Amizade do Brasil Ltda.* contra acórdão do TJMG.

Na origem, o *Ministério Público do Estado de Minas Gerais* ajuizou ação civil pública contra a ora recorrente, alegando o recebimento de diversas denúncias de consumidores em virtude de contas telefônicas com valores elevados decorrentes de ligações ao número 145, serviço conhecido como *Disque Amizade*. Aduziu violação ao CDC, bem como incentivo à participação de crianças e adolescentes “em conversas telefônicas múltiplas, nas quais o assunto versado é sempre sexo”.

O *Parquet* mineiro requereu a interdição liminar do serviço, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e, no mérito, a extinção do serviço *Disque Amizade* (fls. 2-6).

A liminar foi deferida pelo Juízo da Vara da Infância e da Juventude de Belo Horizonte-MG (fls. 90-95), para determinar à *Telemar S.A.* o bloqueio provisório do serviço, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Às fls. 149-152, o *Movimento das Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais* requereu seu ingresso no feito como litisconsorte ativo. O Juízo o admitiu, na qualidade de assistente adesivo (fl. 302).

A sentença julgou procedente o pedido, para determinar à *Telemar* a extinção do serviço *Disque Amizade* (fls. 389-398), tendo sido rejeitados os respectivos embargos declaratórios (fl. 409).

O TJMG negou provimento à apelação, em acórdão assim ementado:

Extinção do serviço “disque amizade”. Ação civil pública. ECA. Tutela dos interesses de crianças e adolescentes. Sentença de procedência. Recurso não provido.

Decidiu a Corte de Justiça mineira que o serviço *Disque Amizade* “representa uma afronta aos direitos da criança e do adolescente” e que “restou constatado que, na realidade, as conversas mantidas pelos usuários, muitos deles menores, são, com freqüência sobre (...) assuntos impróprios para o desenvolvimento saudável das crianças e dos adolescentes” (fls. 599-606).

Foi, então, interposto o presente recurso especial, em que se alega a violação dos arts. 211 do ECA, e 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985, por não ter sido concedido ao recorrente o direito de firmar o compromisso de ajustamento de conduta previsto nos citados diplomas legais.

Destaca o recorrente que propôs ao Ministério Público Estadual, logo no início do processo, a assinatura de termo de ajustamento de conduta, o

qual fora rechaçado sem que o MP apresentasse as devidas exigências para sua viabilização (fls. 609-624).

Sustenta que:

Inquestionável, pois, que, desde que observados os requisitos legais, o “Termo de Ajustamento de Conduta”, eliminando-se a possibilidade de lesão aos direitos tutelados haverá, obrigatoriamente, de ser celebrado pelo Ministério Público, sendo, em seguida, levado à homologação judicial.

Houve contrarrazões do *Parquet*, às fls. 650-654, pela inadmissibilidade do especial, nos seguintes termos: “a utilização desse instrumento de solução rápida do conflito envolve juízo de conveniência e oportunidade (...) Se não houver consenso, fica prejudicada sua celebração”.

O juízo de admissibilidade foi negativo na origem (fls. 661-663). Nos autos do Ag n. 482.478-MG, o eminente Ministro *Aldir Passarinho Junior* determinou a subida do recurso ao STJ (fl. 678).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento e improvimento do recurso (fls. 684-687).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): A controvérsia dos autos restringe-se a *um único ponto*: teria o recorrente o direito subjetivo de firmar o compromisso de ajustamento de conduta previsto no ECA e na Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública - LACP) ou dispõe o Ministério Público da faculdade de não assiná-lo sem sequer discutir suas cláusulas?

Para o recorrente, deveria o Ministério Público, caso não concordasse com o conteúdo do termo de ajustamento de conduta proposto, ter apresentado suas exigências para que fosse viabilizado o acordo.

O recurso não merece prosperar.

Com efeito, não se pode obrigar o Órgão Ministerial a aceitar uma proposta de acordo - ou mesmo exigir que ele apresente contrapropostas tantas vezes quantas necessárias - para que as partes possam compor seus interesses, sobretudo em situações como a presente, em que as posições eram absolutamente antagônicas e discutidas por meio de ação civil pública.

Dispõem tanto o art. 5º, § 6º, da LACP quanto o art. 211 do ECA, que os órgãos públicos legitimados para a propositura da ação civil pública, “poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais”.

Até a interpretação gramatical dos dispositivos tidos por violados vai de encontro à pretensão da recorrente, pois eles prescrevem a mera *possibilidade* de ser firmado o compromisso de ajustamento de conduta.

Nem poderia ser diferente, pois, do mesmo modo que o MP não pode obrigar qualquer pessoa física ou jurídica a assinar um termo de cessação de conduta, não pode o *Parquet* ser obrigado a aceitar proposta apresentada pelo particular.

Segundo o magistério de GEISA DE ASSIS RODRIGUES:

O ajuste de conduta é um instituto estabelecido em favor dos direitos transindividuais, ou seja, não é finalidade da norma favorecer o violador do direito. De conseguinte, não foi a regra concebida para assegurar um eventual direito do transgressor da norma, no sentido de poder em determinadas situações ensejar seu descumprimento (*Temas Atuais do Ministério Público - A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*, coordenadores: Cristiano Chaves, Leonardo B. Moreira Alves e Nelson Rosenthal, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010).

O compromisso de ajustamento é um acordo semelhante ao instituto da conciliação e, como tal, depende da convergência de vontades entre as partes. Não concordando qualquer das partes com o teor da proposta, o caminho possível e adequado é a propositura ou a continuidade da ação judicial cabível.

HUGO NIGRO MAZZILLI vai além, ao entender que o Ministério Público pode opor-se até mesmo a eventual ajustamento de conduta firmado entre qualquer outro legitimado para a ação civil pública e o particular:

Mesmo agindo como órgão interveniente, pode opor-se à transigência, que atinge diretamente o próprio interesse material em litígio. Admitir o contrário seria maneira de bular a lei: poder-se-ia forjar uma desistência indireta, de efeitos muito mais gravosos, porém (*Regime Jurídico do Ministério Público*, Saraiva, São Paulo, 2007, 6ª edição).

Pelo argumento lógico, quem pode o mais, pode o menos. Se ao MP é permitido inclusive vetar eventual ajustamento de conduta firmado por outro legitimado para a propositura de ação civil pública, não há como negar-lhe o direito de não aceitar a proposta ofertada pelo particular quando for ele -

MP - o próprio autor da ação, especialmente, destaque-se, quando atua como garantidor dos direitos fundamentais infanto-juvenis, como ocorre na espécie.

O tema já foi apreciado por este STJ, conforme se verifica do seguinte precedente:

Processual Civil e Administrativo. CPC, art. 535. Violação não caracterizada. Ação civil pública. Defesa do patrimônio histórico. Imóvel tombado. Conservação e reparo. Responsabilidade. Proprietário. Litisconsórcio necessário com o causador do dano. Inexistência. Termo de ajustamento de conduta. Ausência de imposição legal.

(...)

4. O ordenamento jurídico brasileiro não confere ao Termo de Ajustamento de Conduta caráter obrigatório, a ponto de exigir que o Ministério Público o proponha antes do ajuizamento da ação civil pública, em que pese a notória efetividade de tal instrumento. Ademais, julgada a ação há mais de quatro anos, não é razoável extingui-la sob a alegada ausência de prévio esgotamento, pelo *parquet*, das medidas disponíveis na via administrativa.

5. Recurso especial não provido.

(REsp n. 895.443-RJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20.11.2008, DJ 17.12.2008).

Diante do exposto, *nego provimento* ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 601.920-CE (2003/0189958-8)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Banco do Nordeste do Brasil S/A - BNB

Advogados: Túlio Freitas do Egito Coelho e outro(s)

Rômulo Gonçalves Bittencourt

Assistente: União

Recorrido: José Wilson Pinheiro e outro

Advogados: José Wilson Pinheiro Sales (em causa própria)

Getúlio Humberto Barbosa de Sá

Inácio Bento de Loiola Alencastro

Recorrido: Enci Agroindustrial Ltda.

Advogado: Sílvio César Farias

Recorrido: José Denizarde Malveira

Advogado: João Batista de Freitas

Recorrido: Arisa Agroindustrial e Reflorestadora S/A

Advogado: José Aramides Pereira

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Matéria constitucional. Violação ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. Ação rescisória. Art. 485, V, do CPC. Violação a literal disposição de lei. Embargos de terceiro. Litisconsórcio passivo necessário unitário. Exequente e executado. Constrição sobre bem hipotecado.

1. É admissível que no recurso especial em ação rescisória se aponte contrariedade aos dispositivos legais que dizem respeito aos fundamentos do acórdão rescindendo. Precedentes da Corte Especial.

2. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, o exame de violação a dispositivos da Constituição Federal.

3. Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões deve ser afastada a alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil.

4. Nos embargos de terceiro, há litisconsórcio necessário unitário entre o exequente e o executado, quando a constrição recai sobre imóvel dado em garantia hipotecária pelo devedor. Ofensa ao art. 47, do CPC, segundo o qual “há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.”

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Dr(a). Daniel Souza Volpe, pela parte recorrente: Banco do Nordeste do Brasil S/A – BNB.

Dr(a). José Wilson Pinheiro Sales, pela parte recorrida: José Wilson Pinheiro.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2011 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 26.4.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: O “Banco do Nordeste do Brasil S/A - BNB” aparelhou execução contra a “Enci – Agroindustrial Ltda.”. Incidentemente, requereu e promoveu o arresto de bens, tendo sido nomeado administrador judicial o Sr. José Denizarde Malveira. Sob a assertiva de que todo o seu patrimônio (imóveis, móveis e semoventes) fora alcançado pelo referido arresto, a “Arisa – Agroindustrial e Reflorestadora S/A” ingressou com embargos de terceiro contra o “Banco do Nordeste do Brasil S/A”, que foram julgados procedentes para o fim de excluir os bens imóveis e móveis a ela pertencentes do arresto, condenado o banco embargado ao pagamento das custas e honorários advocatícios de 20% sobre o valor da causa. O estabelecimento bancário interpôs apelação, cujo seguimento foi denegado pelo MM. Juiz de Direito em face da deserção. Contra esse decisório, a instituição financeira manejou agravo de instrumento e mandado de segurança. Ao primeiro foi negado provimento, enquanto o “*writ*” foi julgado extinto. O Banco desistiu dos recursos especial e extraordinário interpostos.

Daí esta ação rescisória intentada pelo “Banco do Nordeste do Brasil - S/A”, com fundamento no art. 485, inciso V, do CPC, contra “Arisa – Agroindustrial e Reflorestamento S/A”, José Denizarde Malveira, José Wilson Pinheiro Sales e “Enci – Agroindustrial Ltda.”, apontando literal violação dos arts. 2º, 20, § 4º,

47 e parágrafo único, 125, inciso IV, e 331, todos do Código de Processo Civil, e 68 da Lei n. 9.069, de 29.6.1995, alegando:

a) a devedora “Enci - Agroindustrial Ltda.” não foi citada, nos embargos de terceiro, como litisconsorte passiva necessária;

b) o MM. Juiz de Direito não promoveu a tentativa de conciliação, dando ensejo ao cerceamento de defesa e ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal;

c) o Magistrado ignorou o disposto no art. 20, § 4º, da Lei Processual Civil, fixando os honorários advocatícios em *quantum* exorbitante;

d) as reservas bancárias são impenhoráveis.

O Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade de votos, julgou improcedente a ação rescisória, em acórdão assim ementado:

Rescisória. Preliminares de ilegitimidade ativa e de impossibilidade jurídica do pedido afastadas. Acolhimento da ilegitimidade passiva dos litisconsortes. Inexistência de violação a literal dispositivo de lei. Improcedência da ação.

I - Qualquer das partes, inclusive o juiz *ex officio*, a qualquer tempo e grau de jurisdição, tem legitimidade para alegar a ausência da citação do litisconsorte necessário, por se tratar de matéria de ordem pública que, caso demonstrada, implicará na própria inexistência do processo, por não formação da relação processual válida. II - Em regra, legitimado ativo e passivo da ação rescisória são as partes da relação processual na qual foi prolatada a sentença rescindenda. Caso a ação rescisória contenha, além do pedido de revisão do julgado (juízo rescindendo), solicitação de novo julgamento (juízo rescisório), o terceiro interessado poderá participar da lide, tanto na qualidade de assistente, como na qualidade de parte, cujos direitos forem afetados pela sentença. III - Assim, o advogado passa a integrar a lide na medida em que se apresentam seus honorários não apenas como uma verba remuneratória, e sim como um direito seu, nos termos do que dispõem os artigos 23 e 24 da Lei n. 8.906/1994, pelo que poderá tanto recorrer, como participar de meios impugnatórios como os que tais, em nome próprio. IV - Impõe-se sejam excluídos da lide aqueles que, conquanto tenham sido indicados como litisconsortes passivos, apresentam-se desprovidos de qualquer interesse jurídico, tendo em vista que, ainda se julgada procedente a rescisória, com a prolação de novo julgado nos termos pleiteados pelo Autor, não seriam os mesmos afetados em suas esferas jurídicas por efeitos oriundos da sentença. Excluídos da lide a Empresa *Enci - Agroindustrial Ltda.* e o Sr. José Denizarde Malveira, em face da ilegitimidade passiva *ad causam*. V - Não possuindo o julgador, quando do ajuizamento da ação, elementos que possam atestar o direito alegado, a presença ou não das condições da ação devem ser

aferidas com base nas próprias alegativas autorais. Assim, pedido juridicamente possível é aquele autorizado ou não vedado pelo ordenamento. Preliminar rechaçada. VI - Não se conhece de impugnação ao valor da causa apresentada no corpo da contestação, quando deveria ter sido argüida em peça própria, a fim de que fosse processada em autos apartados (CPC. art. 261, segunda parte). Ademais, conquanto o valor da rescisória, via de regra, seja aquele dado à ação principal, pode-se fixá-lo de acordo com o valor da condenação da ação principal, impondo-se sua rejeição, à mingua de forma e figura de juízo. VII - Improcede a nulidade dos embargos de terceiro por ausência de citação do litisconsorte necessário. A ação de embargos de terceiro ajuizada incidentalmente à ação de execução, tem como legitimado ativo aquele que sofreu turbacão ou esbulho em sua posse e como legitimado passivo aquele que se beneficiou com a apreensão judicial, ou seja, o credor exequente. O executado só figurará como réu na ação de embargos de terceiro quando tiver indicado bem indevidamente constrito, o que não ocorreu na espécie. VIII - Não merece acolhida a suposta transgressão aos artigos 2º; 125, IV e 331, do CPC, com cerceamento de defesa do réu e desrespeito ao princípio constitucional do devido processo legal, quando a acurada análise dos embargos de terceiros demonstra que aquela ação foi desenvolvida regularmente e o julgador singular, não se contentando com as provas apresentadas, foi buscar a verdade real (e aí foi desprezado qualquer efeito produzido pela assunção ficta da pretensão do embargante, tal qual se opera na exauriente cognição penal), utilizando-se, para tanto, da liberdade instrutória que lhe concede o art. 130, do CPC, realizando inspeção judicial nos imóveis objetos da constricção atacada. IX - Por último, inobserva-se afronta ao art. 20, § 4º, do CPC, regra específica para fixação dos honorários advocatícios nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não. Como a hipótese sob análise não se enquadra em qualquer das situações descritas pela norma excepcional, bem decidiu o julgador singular ao aplicar a regra geral de que os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º, CPC). X - Ação rescisória julgada improcedente, com a condenação do Autor em custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa. Depósito prévio revertido em favor da ré *Arisa* (fls. 1.557-1.560).

Rejeitados os declaratórios, o autor manifestou recurso especial com arrimo nas alíneas **a** e **c** do autorizador constitucional, apontando contrariedade aos arts. 2º, 20, § 4º, 47, parágrafo único, 125, inciso IV, 331 e 535, inciso II, do Código de Processo Civil; 5º, inciso LV, e 93, inciso IX, da Carta Magna, além de dissenso interpretativo. Aduziu que:

a) o acórdão se omitiu no tocante ao caráter não condenatório dos embargos de terceiro;

b) a “Enci – Agroindustrial Ltda.” e José Denizarde Malveira deviam figurar obrigatoriamente no pólo passivo dos embargos de terceiro;

c) o Dr. Juiz de Direito condenou o recorrente, a título de honorários advocatícios, ao pagamento da quantia de R\$ 1.452.964,00 (um milhão, quatrocentos e cinquenta e dois mil e novecentos e sessenta e quatro reais), correspondente a 20% sobre o valor atribuído à causa, sem aplicar o critério da apreciação equitativa, cabível na espécie, visto que nos embargos de terceiro não há condenação;

d) deixando de promover a tentativa de conciliação entre as partes, o julgador infringiu o princípio constitucional do devido processo legal, causando inegável cerceamento de defesa.

Oferecidas as contra-razões, o apelo extremo foi admitido na origem.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República pelo não-conhecimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): 1. *Prima facie*, em sede de recurso especial não se examina alegação de contrariedade a texto constitucional.

2. Não se verifica a invocada omissão do acórdão, no tocante ao arbitramento da verba advocatícia decorrente da sucumbência havida nos embargos de terceiro. O julgado recorrido apreciou a questão, concluindo pela não-aplicação da regra inserta no art. 20, § 4º, do CPC, ao fundamento de que a hipótese em análise não se enquadra em nenhuma das situações ali descritas (fl. 1.586).

Na realidade, a asserção formulada pelo ora recorrente de que a sentença proferida em embargos de terceiro não possui natureza condenatória teve como finalidade tão-só a de impugnar ou reformar o acórdão nesse ponto, para o que, no entanto – como se sabe – não se prestam os declaratórios.

3. No mais, o apelo especial interposto é inadmissível.

Indicando como violados os arts. 2º, 20, § 4º, 47, parágrafo único, 125, inciso IV, e 331 do CPC e insistindo nas afirmativas de: litisconsórcio passivo necessário; cerceamento de defesa em virtude de não ter sido promovida a

conciliação entre as partes; arbitramento excessivo da verba honorária; o banco recorrente, em última análise, está a investir contra a decisão rescindenda (a sentença prolatada nos autos de embargos de terceiro), e não contra o acórdão ora recorrido.

Segundo a jurisprudência pacífica desta Corte, tal pretensão, em ação rescisória, é descabida. “Em caso de ação rescisória, o recurso especial deve limitar-se ao pressuposto dessa ação, e não se dirigir ao acórdão rescindendo. Caso em que no fundo o recorrente ataca não o acórdão proferido no julgamento da ação rescisória mas, sim, o ato judicial cuja desconstituição está postulando” (REsp n. 9.837-0-SP, relator Ministro Nilson Naves; AgRg no Ag n. 77.562-MG, de que fui relator; REsps n. 68.222-PR, n. 99.721-MG e n. 204.358-CE, também de minha relatoria).

Quando do julgamento do REsp n. 49.809-SP, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, esta Quarta Turma decidiu sob a seguinte e expressiva ementa:

I – Para que se abra ensejo à via especial, deve-se questionar a respeito da transgressão aos artigos do Código de Processo Civil referentes à demanda rescisória (485 a 495), e não aos dispositivos legais que serviram de suporte à causa de pedir específica de tal ação, sob pena de transformar a via rescisória em reiteração da ordinária, contemplando a parte com duas vias excepcionais para impugnar uma mesma situação, o que não se mostra razoável e atrita com os escopos da lei. A pretensa violação que enseja o especial deve situar-se no âmbito da própria rescisória, e não na causa que ensejou, em tese, o ajuizamento daquela. (D.O.U. De 26.5.1997).

Essa orientação restou agasalhada em decisão proferida pela egrégia Corte Especial. Refiro-me aos Embargos de Divergência no REsp n. 28.565-RJ, relator designado o Sr. Ministro Fontes de Alencar, de cujo voto se colhe:

Senhor Presidente, a via augusta do recurso especial, quando se trata da ação rescisória, é também angusta, e esta angustura fica ressaltada, ainda, quando se trata de ação rescisória que foi julgada improcedente, como o caso em tela.

A distinção que o eminente Ministro Relator, com a proficiência de sempre, procurou fazer não me parece a atenção a ponto de modificar a posição que tenho assumido a respeito do tema. A fundamentação de que em se apontando ao acórdão erro de legalidade abrir-se-ia a porta do recurso especial parece-me que não procede, porque, se assim fora, a parte, vencida na decisão rescindenda, teria uma amplitude, uma pluralidade de recursos que as outras partes não

teriam, e o raciocínio conduziria a uma conclusão exatamente inversa: teria recurso especial, que, no caso, parece-me que não usou; teria ação rescisória julgada improcedente, mantida, em consequência, a decisão que se pretendia rescindir; teria agora um recurso especial com o mesmo teor da ação rescisória ou do recurso especial que não fora interposto. Evidentemente, parece-me que este caminho não deva ser trilhado. Assim, mantenho-me na posição que repetidas vezes tenho adotado nesta Corte e na Quarta Turma de que, em se cuidando de ação rescisória, com fundamento no art. 585, V, não se pode chegar ao Superior Tribunal de Justiça, via recurso especial, com o mesmo fundamento desacolhido na ação rescisória. Quem sabe poder-se-ia pensar naquela hipótese de rescisória de rescisória. Apenas, o recurso especial não é cabível para reexaminar a ação rescisória.

Por isso, prestando as minhas homenagens ao eminente Ministro Relator, deo uso divergir para, admitindo a dissonância, receber os embargos mas lhe negar provimento.

Tal diretriz prevalece, ainda que a decisão rescindenda seja uma sentença atacada por apelação que deixou de ser processada em face da deserção. O apelo excepcional deve limitar-se aos pressupostos da ação rescisória, e não à apreciação da decisão rescindenda, pois, do contrário, o Superior Tribunal de Justiça transformar-se-ia em Corte de apelação (REsp n. 758.924-SC, relator Ministro José Delgado). No mesmo sentido: REsp n. 85.035-RJ, relator Ministro José Delgado; REsp n. 84.236-DF, relator Ministro Nilson Naves; e REsp n. 36.628-3-GO, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Este último aresto mostra-se pertinente à espécie em exame, conforme se verifica de sua ementa:

Recurso especial. Ação rescisória.

O recurso especial de acórdão proferido em ação rescisória deve versar especificamente sobre a aplicação das normas reguladoras da ação, seus pressupostos e procedimento, vedado o retorno aos temas ligados aos defeitos encontrados no processo onde proferida a sentença que se quer rescindir, uma vez que, tal acontecendo, estaria sendo criada uma segunda oportunidade para o exame das matérias apreciáveis em recurso que deveria ter sido interposto, enquanto tramitava o processo originário, antes do trânsito em julgado da sentença rescindenda.

4. Posto isso, não conheço do recurso.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, quero louvar a combatividade, a objetividade dos eminentes advogados, mas peço vênia para divergir. Dirirjo com base no Recurso Especial n. 476.665-SP, julgamento da Corte Especial, que alterou os precedentes antigos. Até entendo a razão dos precedentes em que se dizia que teria que se indicar, obrigatoriamente, a violação ao art. 485, V, sob pena de se julgar como se fosse uma apelação a ação rescisória.

O entendimento da Corte Especial foi de que isso não é mais necessário. A discussão foi essa e o voto do Sr. Ministro Pádua Ribeiro é muito claro a respeito desse assunto, e isso, objetivamente, foi levado à Corte Especial. Coincidentemente, naquele precedente também se discutiu o art. 47 do Código de Processo Civil e disse S. Exa.:

No caso, os recorrentes sustentam violação do art. 47 do CPC. Persistem, portanto, na tese já debatida na ação rescisória, qual seja, violação de lei que teria ocorrido já na decisão rescindenda. Consoante a orientação firmada nesta Corte, isso não seria possível, sob pena de se subverter a via rescisória e transformá-la em reiteração da ordinária, com o que se daria à parte duas vias excepcionais para discutir uma mesma situação jurídica. Afinal, com este recurso estaria a parte procurando restaurar a discussão de temas que, no momento adequado, ensejaram a interposição do especial.

Com a devida vênia, não entendo que esse entendimento seja o mais acertado. Na presente hipótese, a ação rescisória foi ajuizada com base nos incisos V e IX do art. 485 do CPC. O recurso especial interposto contra o acórdão da rescisória, segundo a jurisprudência referida, haveria de conter ataque específico a algum daqueles dispositivos. Porém, já que os recorrentes, na ação, alegaram violação da letra do art. 47 do CPC, como reconhecer a violação do art. 485, V, do mesmo diploma, sem se discutir – e admitir – a infringência da letra daquele dispositivo anterior?

Parece-me que, se realmente houver violação da letra da lei e o julgador, mesmo assim, não acolher a pretensão deduzida na rescisória, o acórdão estará contrariando aquele mesmo dispositivo ou a ele negando vigência, com o que dará ensejo à interposição de recurso especial com base na alínea a do permissivo constitucional.

Com efeito, em se tratando de rescisória fundada no art. 485, V, os temas envolvidos no acórdão rescindendo confundem-se com aqueles agitados no aresto proferido na ação rescisória.

Nesse contexto, se as razões de decidir do acórdão da rescisória consistem em afirmações de não ter havido violação a literal disposição de lei, o especial deverá conter a demonstração de que houve a violação e que o julgamento da rescisória infringiu a lei, mais uma vez, ao sustentar que isso não se verificou.

Não se olvida que a violação de lei, para dar azo à rescisória, deve se referir à letra da lei. O art. 485, V, da lei de regência se refere à letra da lei, tanto quanto o art. 105, III, **a**, da Constituição. Se o autor da rescisória afirma violado certo artigo de lei e vê sua pretensão julgada em seu desfavor, o recurso especial pode envolver o tema da contrariedade do mesmo dispositivo que na ação se alegou malferido.

Fala-se, ainda, que na ação rescisória aprecia-se matéria de fato. Violação de lei, todavia, nunca foi questão de fato.. Nada impede que o acórdão que trate do tema contenha questão de direito referente ao dispositivo que se diz violado. Se os fatos examinados na rescisória são incontroversos, caberá ao Tribunal julgar o recurso especial e verificar se houve ofensa ou não à literal disposição de lei.

Não se deve, pois, recusar conhecimento ao presente recurso especial sob aqueles fundamentos que prevaleceram nos citados acórdãos da Corte Especial. Como visto, os recorrentes ajuizaram ação rescisória na qual alegaram violação do art. 47 do CPC. Rejeitada sua pretensão, interpuseram recurso especial e, como não poderia deixar de ser, apontaram contrariedade ao mesmo dispositivo legal.

Com efeito, não se poderia julgar o recurso em favor dos recorrentes se estes não demonstrassem contrariedade àquele dispositivo.

De nada adiantaria alegar violação do art. 485, V, do CPC, sem explicitar as razões pelas quais entendem ferido também o art. 47.

Ressalte-se, nesse passo, a desnecessidade da interposição de recurso especial na ação originária para que, nesta oportunidade, ajuíze-se tal recurso. A ação rescisória é cabível para desconstituir sentença ainda que esta não tenha sido atacada por apelação.

O eminente advogado recorrido está certo quando alega, com base no voto do Sr. Ministro Barros Monteiro, que os precedentes eram aqueles. De fato eram, só que isso foi alterado. A Corte Especial alterou o entendimento já há algum tempo. Esse acórdão do Sr. Ministro Pádua Ribeiro é antigo.

Muito embora eu tenha como judiciosos os fundamentos da tese contrária, até porque não custa à parte alegar o art. 485, V, de fato, entendeu o Tribunal de que tal é desnecessário e que alegando violação ao próprio dispositivo da matéria de fundo que se tem como violado na rescisória de origem, no recurso especial fica dispensada de que seja apontada a violação, também, ao dispositivo processual específico da ação rescisória, que é o art. 485, V.

Assim, proponho que se ultrapasse o exame específico dessa preliminar técnica de admissibilidade do recurso especial e se retornem os autos ao eminente Ministro Relator - essa é minha proposta de voto -, para que seja examinado o outro juízo de se entender se houve ou não violação aos demais dispositivos suscitados pelo recorrente, Banco do Nordeste do Brasil.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): O Sr. Ministro Luís Felipe Salomão: Sr. Presidente, em primeiro lugar, como já fizeram, tanto V. Exa., como o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior, quero realçar a combatividade dos patronos de ambas as partes, tanto com memoriais como também pela sustentação oral da tribuna, mas pelos exatos fundamentos que trouxe o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior e agora reiterados por V. Exa. é que também dirijo do voto do antecessor do Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, para, no juízo de admissibilidade, conhecer do recurso especial e, agora, devolver os autos ao Relator que o substituiu, Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, para prosseguimento do julgamento.

Acompanho o voto divergente inaugurado pelo Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Sr. Presidente, inicialmente agradeço as gentis referências a mim dirigidas pelo eminente advogado Dr. José Wilson Pinheiro Sales, meu conterrâneo, e parabênizo ambos os patronos das partes pelas brilhantes sustentações orais que apresentaram.

Entendo, também, que a norma do art. 485, V, do Código de Processo Civil, tem uma identidade muito evidente com a norma do art. 105, III, a, da Constituição Federal, o que, realmente, permite nos casos da rescisória pelo inciso V, do art. 485, que o Superior Tribunal de Justiça tenha ampla condição de examinar o recurso especial acerca da violação à literal disposição de lei federal.

Acompanho, integralmente, a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, inicialmente, cumprimento os advogados pela qualidade das sustentações orais e agradeço pelos memoriais recebidos.

Peço vênias para acrescentar às elevadas considerações oferecidas pela Relatora que a Súmula n. 303 do STJ, mencionada da tribuna, confirma o litisconsórcio necessário do exequente e do executado nos embargos de terceiro. Diz a Súmula n. 303-STJ: “Em embargos de terceiros, quem der causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios”. O responsável pela constrição indevida pode ser o devedor na hipótese de indicar bens de terceiros. E só pode ser responsável pelos honorários quem fizer parte do processo. Então, entendo que a Súmula n. 303 do STJ até vem ao encontro do fundamento e conclusão contidos no relatório.

Por isso, acompanho o voto da Sra. Ministra Relatora.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Sr. Presidente, eminentes Pares, confesso que no meu íntimo a vontade realmente é de acompanhar o bem sopesado voto, como sempre o faz, da Sra. Ministra Isabel Gallotti. Todavia, como destacou o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira, no presente caso, e como prestei atenção no relatório do Sr. Ministro Raul Araújo, há uma série de detalhes aqui que não estão até agora, entendo eu, com todas as vênias, bem esclarecidos para adotarmos essa medida extremada, como ponderou o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Por essas razões, acompanho o voto do eminente Ministro Relator.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Sr. Presidente, também cumprimento os ilustres advogados, Dr. Daniel Souza e Dr. José Wilson Pinheiro Sales, pelas brilhantes sustentações que produziram, contribuindo bastante para um melhor esclarecimento do caso, mas o voto da eminente Ministra Isabel Gallotti, como costuma ocorrer, é de muita clareza, muito bem fundamentado, e acompanho integralmente S. Exa.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará que julgou improcedente o pedido deduzido na ação rescisória, integrado por acórdão que rejeitou posteriores embargos de declaração. O primeiro acórdão foi assim ementado (fls. 1.557-1.560):

*Rescisória. Preliminares de ilegitimidade ativa e de impossibilidade jurídica do pedido afastadas. Acolhimento da ilegitimidade passiva dos litisconsortes. Inexistência de violação a literal dispositivo de lei. Improcedência da ação. I - Qualquer das partes, inclusive o juiz *ex officio*, a qualquer tempo e grau de jurisdição, tem legitimidade para alegar a ausência da citação do litisconsorte necessário, por se tratar de matéria de ordem pública que, caso demonstrada, implicará na própria inexistência do processo, por não formação da relação processual válida. II - Em regra, legitimado ativo e passivo da ação rescisória são as partes da relação processual na qual foi prolatada a sentença rescindenda. Caso a ação rescisória contenha, além do pedido de revisão do julgado (juízo rescindendo), solicitação de novo julgamento (juízo rescisório), o terceiro interessado poderá participar da lide, tanto na qualidade de assistente, como na qualidade de parte, cujos direitos foram afetados pela sentença. III - Assim, o advogado passa a integrar a lide na medida em que se apresentam seus honorários não apenas como uma verba remuneratória, e sim como um direito seu, nos termos do que dispõem os artigos 23 e 24 da Lei n. 8.906/1994, pelo que poderá tanto recorrer, como participar de meios impugnatórios como os que tais, em nome próprio. IV - Impõe-se sejam excluídos da lide aqueles que, conquanto tenham sido indicados como litisconsortes passivos, apresentam-se desprovidos de qualquer interesse jurídico, tendo em vista que, ainda se julgada procedente a rescisória, com a prolação de novo julgado nos termos pleiteados pelo Autor, não seriam os mesmos afetados em suas esferas jurídicas por efeitos oriundos da sentença. Excluídos da lide a Empresa *Enci - Agroindustrial Ltda.* e o Sr. José Denizarde Malveira, em face da ilegitimidade passiva *ad causam*. V - Não possuindo o julgador, quando do ajuizamento da ação, elementos que possam atestar o direito alegado, a presença ou não das condições da ação devem ser aferidas com base nas próprias alegativas autorais. Assim, pedido juridicamente possível é aquele autorizado ou não vedado pelo ordenamento. Preliminar rechaçada. VI - Não se conhece de impugnação ao valor da causa apresentada no corpo da contestação, quando deveria ter sido argüida em peça própria, a fim de que fosse processada em autos apartados (CPC, art. 261, segunda parte). Ademais, conquanto o valor da rescisória, via de regra, seja aquele dado à ação principal, pode-se fixá-lo de acordo com o valor da condenação da ação principal, impondo-se sua rejeição, à mingua de forma e figura de juízo. VII - Improcede a alegativa de nulidade dos*

embargos de terceiro por ausência de citação do litisconsorte necessário. A ação de embargos de terceiro ajuizada incidentalmente à ação de execução, tem como legitimado ativo aquele que sofreu turbação ou esbulho em sua posse e como legitimado passivo aquele que se beneficiou com a apreensão judicial, ou seja, o credor exequente. O executado só figurará como réu na ação de embargos de terceiro quando tiver indicado bem indevidamente constrito, o que não ocorreu na espécie. VIII - Não merece acolhida a suposta transgressão aos artigos 2º; 125, IV, e 331, do CPC, com cerceamento de defesa do réu e desrespeito ao princípio constitucional do devido processo legal, quando a acurada análise dos embargos de terceiros demonstra que aquela ação foi desenvolvida regularmente e o julgador singular, não se contentando com as provas apresentadas, foi buscar a verdade real (e aí foi desprezado qualquer efeito produzido pela assunção ficta da pretensão do embargante, tal qual se opera na exauriente cognição penal), utilizando-se, para tanto, da liberdade instrutória que lhe concede o art. 130 do CPC, realizando inspeção judicial nos imóveis objetos da constrição atacada. IX - Por último, inobserva-se afronta ao art. 20, § 4º, do CPC, regra específica para fixação dos honorários advocatícios nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não. Como a hipótese sob análise não se enquadra em qualquer das situações descritas pela norma excepcional, bem decidiu o julgador singular ao aplicar a regra geral de que os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação (art. 20 § 3º, CPC). X - Ação rescisória julgada improcedente, com a condenação do Autor em custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa. Depósito prévio revertido em favor da ré *Arisa*.

Nas suas razões de recurso, alega o recorrente violação aos artigos:

(i) 535, II, do CPC c.c. 93, IX, da Constituição Federal, por existir no acórdão recorrido omissão relativa ao caráter não condenatório da sentença proferida nos embargos de terceiro, que ensejaria a fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais de acordo com a regra do § 4º do art. 20 do CPC;

(ii) 47, parágrafo único, do CPC, além de dissídio jurisprudencial, em virtude de o juiz sentenciante da ação de embargos de terceiro não ter admitido *Enci - Agroindustrial Ltda.* e *José Denizarde Malveira* como litisconsortes passivos necessários, tendo em vista a primeira ter figurado como executada na execução promovida pelo *Banco do Nordeste do Brasil S/A* e o último ter sido nomeado depositário dos bens arrestados nos autos da mesma execução;

(iii) 125, IV, e 331, *caput*, do CPC c.c. 5º, LV, da Constituição Federal, uma vez que o juiz sentenciante dos embargos de terceiro deixou de promover

tentativas de conciliação das partes, haja vista os direitos disponíveis objeto da lide, além de não ter procedido à instrução do processo.

(iv) 20, § 4º, do CPC, pois o recorrente foi condenado, na ação de embargos de terceiro, ao pagamento da quantia exorbitante de R\$ 1.452.964,00 (Um milhão, quatrocentos e cinquenta e dois mil, novecentos e sessenta e quatro reais) a título de honorários advocatícios sucumbenciais, correspondente a 20% (vinte por cento) do valor da causa, quando a sentença proferida nos embargos de terceiro não tem cunho condenatório, mas meramente declaratório, razão pela qual os honorários deveriam ter sido fixados com base no § 4º do art. 20 do CPC, e não no § 3º do mesmo artigo. Neste ponto, alegam o recorrente e também a União Federal, em memoriais, que a execução de honorários está sendo promovida por valor superior a treze milhões de reais.

Houve contra-razões ao recurso especial (fls. 1.858-1.885, 1.892-1.895 e 1.897-1.902).

O presente recurso foi distribuído originalmente ao Ministro Barros Monteiro, que, em 2.9.2005, ao apreciar a PET n. 4.173-CE (autos apensos), deferiu o pedido da *União* de ingresso no feito na qualidade de assistente simples do recorrente, *Banco do Nordeste do Brasil S/A* (fl. 1.979-1.980 dos autos principais; fls. 34-35 do Apenso 3).

Na sessão de 15.12.2005, o Ministro Barros Monteiro, relator, votou pelo não conhecimento do recurso (fls. 2.111-2.119), ocasião em que o Ministro Cesar Asfor Rocha pediu vista dos autos (fls. 2.013-2.014).

Sobrevieram duas exceções de suspeição opostas pela recorrida *Arisa - Agroindustrial e Reflorestadora S/A* em desfavor do Ministro Cesar Asfor Rocha, as quais foram rejeitadas liminarmente (ExSusp n. 75-CE, Apenso 1, e ExSusp n. 70-CE, Apenso 2).

Renovado o julgamento do presente recurso na sessão de 8.6.2010, esta Turma, em juízo de admissibilidade, conheceu, por maioria, do recurso especial e determinou o retorno dos autos para o sucessor, Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) para que, em vista regimental, prosseguisse no exame do mérito (fls. 2.167-2.168).

Em 24.3.2011, o presente feito foi atribuído a esta relatoria (fl. 2.173).

Instada a se pronunciar, a Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do recurso especial e, caso conhecido, pelo seu não provimento (fls. 1.935-1.939).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Cumpre ressaltar, inicialmente, que, na sessão de 15.12.2005, o Ministro Barros Monteiro, relator originário, proferiu voto pelo não conhecimento do recurso especial, sob o fundamento de que, neste recurso, deveria ter sido suscitada a violação aos artigos do CPC referentes à ação rescisória (arts. 485 a 495), e não aos dispositivos legais relacionados com os fundamentos do acórdão rescindendo (fls. 2.116-2.119).

Renovado o julgamento do presente recurso na sessão de 8.6.2010, esta Turma, por maioria, conheceu do recurso especial, afastando o óbice levantado pelo relator, razão pela qual determinou o retorno dos autos para o sucessor, Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) para que, em vista regimental, prosseguisse no exame do mérito (fls. 2.167-2.168).

De fato, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, revendo posição anterior, firmou o entendimento de que o recurso especial pode vir fundamentado nos mesmos dispositivos que ensejaram a ação rescisória por violação literal a disposição de lei. A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

Direito Processual Civil. Ação rescisória. Recurso especial. Fundamentos do acórdão recorrido.

I - Quando existir violação de literal disposição de lei e o julgador, mesmo assim, não acolher a pretensão deduzida na ação rescisória fundada no art. 485, V, do Código de Processo Civil, o acórdão estará contrariando aquele mesmo dispositivo ou a ele negando vigência, com o que dará ensejo à interposição de recurso especial com base na alínea **a** do permissivo constitucional.

II - Se terceiro que adquire bem a respeito de cujo litígio não há o registro exigido pelo art. 167 da Lei n. 6.015/1973 pode ser alcançado pela coisa julgada, deve ser citado como litisconsorte passivo necessário.

III - Recurso conhecido e provido para se julgar procedente o pedido da ação rescisória.

(REsp n. 476.665-SP, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Corte Especial, DJ 20.6.2005).

Processual Civil. Administrativo. Ação rescisória em recurso especial. Violação à literal disposição de lei. Art. 485, V, CPC. Fundamentos do acórdão recorrido. Possibilidade. Orientação da Corte Especial (REsp n. 476.665-SP). [...]

1. O Recurso Especial interposto contra acórdão proferido em sede de ação rescisória pode veicular os mesmos dispositivos legais que ensejaram a propositura da ação rescisória, por violação literal a disposição de lei.

2. A Corte Especial, revendo anterior posicionamento jurisprudencial, decidiu que: "(...) Se o autor da rescisória afirma violado certo artigo de lei e vê sua pretensão julgada em seu desfavor, o recurso especial pode envolver o tema da contrariedade do mesmo dispositivo que na ação se alegou malferido" (Corte Especial - REsp n. 476.665-SP, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 20.6.2005). Precedentes jurisprudenciais do STJ: AgRg no Ag n. 580.593-SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 21.2.2006 e REsp n. 746.301-DF, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 23.5.2006.

[..]

24. Recursos especiais parcialmente conhecidos e providos.

(REsp n. 867.016-PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 6.8.2009).

Processo Civil. Ação rescisória. Violação a literal disposição de lei. Recurso especial. Análise do acórdão rescindendo. Possibilidade.

1. Considerando que, na ação rescisória baseada no art. 485, V, do CPC, há alegação de violação a literal disposição de lei, o mérito do recurso especial se confunde com os próprios fundamentos para a propositura da ação rescisória, autorizando o STJ a examinar também o acórdão rescindendo.

2. Embargos de divergência providos.

(EREsp n. 1.046.562-CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe 19.4.2011).

No mesmo sentido: EDcl no REsp n. 1.100.290-RS, de minha relatoria, Quarta Turma, DJe 14.10.2010; REsp n. 933.988-SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 6.6.2011; AgRg no Ag n. 916.505-MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 2.8.2010.

Realmente, embora seja certo que o recurso especial deve voltar-se contra o acórdão na ação rescisória, não se deve afastar a possibilidade de que nele sejam impugnados os fundamentos adotados no acórdão rescindendo, os quais, em geral, confundem-se com os próprios pressupostos de cabimento da ação rescisória por violação a literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC).

Estando superada a fase de conhecimento, conforme já decidido pela Turma na sessão de 8.6.2010, passo ao exame de cada uma das questões aduzidas no recurso especial.

No tocante à alegada violação dos arts. 5º, LV, e 93, IX, da Constituição Federal, ressalto que refoge à competência do Superior Tribunal de Justiça apreciar eventual ofensa a dispositivos constitucionais.

Quanto à suposta violação do art. 535, II, do CPC, não verifico a omissão alegada pelo recorrente a respeito da regra do § 4º do art. 20 do CPC.

Com efeito, o Tribunal de origem expressamente se pronunciou sobre o tema, afirmando que, “como a hipótese sob análise não se enquadra em qualquer das situações descritas no § 4º do art. 20, aplica-se-lhe a regra geral do § 3º daquele artigo [...]” (fl. 1.586).

Ora, os embargos de declaração só se prestam a sanar obscuridade, omissão ou contradição porventura existentes no acórdão, não servindo à rediscussão da matéria já apreciada pelo órgão julgador.

No que concerne à suposta violação do art. 47, parágrafo único, do CPC, sob o argumento de existirem litisconsortes passivos necessários não citados nos autos dos embargos de terceiro (*Enci - Agroindustrial Ltda. e José Denizar de Malveira*), assim se pronunciou o Tribunal de origem (fls. 1.580-1.582):

II. 1 - Assevera o Autor que, como a ação de embargos de terceiro foi ajuizada incidentalmente à ação de execução, exeqüente (Banco do Nordeste) e executado (Enci - Agroindustrial Ltda.) deveriam ter figurado no pólo passivo dos embargos, na qualidade de litisconsortes passivos necessários, sob pena de violação ao art. 476, *caput* e seu parágrafo único, do CPC.

Divirjo de tal assertiva.

Nos termos do art. 1.046 do CPC, a ação de embargos de terceiro visa proteger o direito daquele que, mesmo não sendo parte no processo, sofre turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial.

Legitimado ativo para os embargos de terceiro é, assim, aquele que sofreu turbação ou esbulho em sua posse, enquanto legitimado passivo, em face do mesmo instituto, é aquele que se beneficiou com a apreensão judicial, ou seja, o credor exeqüente (Banco do Nordeste).

O executado só figurará como réu na ação de embargos de terceiro quando tiver indicado bem indevidamente constrito. A doutrina pátria esclarece com brilhantismo a questão:

Os embargos de terceiro, demanda incidental ao processo executivo, é ajuizada contra quem a promove, ou seja, perante o credor. [...]

Em doutrina, admite-se que, tendo o devedor propiciado o ato construtivo - p. ex., indicando à penhora o bem pertencente ao terceiro

- instalar-se-á o litisconsórcio passivo necessário entre o executado e o credor. [...]

Porém, parece mais razoável a tese de que só o credor, a quem aproveita o processo executivo, encontra-se legitimado passivamente, ressalvadas duas hipóteses: a) cumulação de outra ação (p. ex., negatória) contra o executado; e b) efetiva participação do devedor no ato ilegal.

(ASSIS, Araken de. Manual do processo de execução, 6ª ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: RT, 2000, p. 1.147-1.148).

Legitimado passivo normalmente será aquele que figura como autor no processo em que se deu a constrição judicial (na execução, o exeqüente).

Doutrina e jurisprudência reputam que, se o bem tiver sido nomeado à penhora pelo devedor, haverá litisconsórcio passivo necessário entre este e o exeqüente.

Entendem, ainda, que, quando isso não ocorrer, o devedor terá a possibilidade de figurar como assistente do embargado, na demanda de embargos. Pode-se ir além e afirmar que, não tendo partido dele a nomeação do bem à penhora, o devedor poderá também assistir o terceiro embargante. Em determinados casos tem interesse jurídico para tanto.

(WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo, Curso avançado de processo civil, 3ª edição revista e atualizada, Volume 2, 2000, p. 341).

In casu, a apreensão judicial dos bens da empresa embargante não decorreu de nomeação feita pela executada. Até porque tal apreensão deu-se através de arresto, situação em que somente o credor indica o bem, medida que tem lugar em situações nas quais o devedor tenta evadir-se da responsabilidade quanto ao pagamento da dívida, quer seja ausentando-se furtivamente ou mesmo alienando bens que possui, como se infere da leitura do art. 813 do CPC.

Daí porque improcede a alegativa de violação ao art. 47, *caput* e seu parágrafo único, do CPC, não sendo certo que a alegada plurissubjetividade passiva necessária da Empresa *Enci*, na ação de embargos de terceiro, tenha o condão de macular a relação processual *ab initio*.

Observo, de pronto, que o Tribunal de origem não se manifestou sobre *José Denizarde Malveira* ser ou não litisconsorte passivo necessário na ação de embargos de terceiro, mas tão somente sobre a sua legitimidade passiva na própria ação rescisória (fls. 1.575-1.577). Revela-se ausente, assim, o necessário prequestionamento, o que inviabiliza a apreciação dessa parte do recurso pelo Superior Tribunal de Justiça, por se tratar de óbice previsto nas Súmulas n. 282 e n. 356 do STF.

No que se refere à empresa *Enci - Agroindustrial Ltda.* (executada pelo BNB, autor da rescisória), fundamenta-se o banco recorrente no fato incontroverso, alegado na inicial da rescisória (fl. 3), de que o arresto recaiu sobre fazendas dadas em hipoteca pela devedora *Enci*. Neste ponto, anoto que a circunstância de haver fazendas a ela pertencentes hipotecadas irregularmente pela *Enci* é afirmada pela recorrida *Arisa*, na inicial dos embargos de terceiro (à fl. 16). A sentença nos embargos de terceiros - objeto da presente ação rescisória - consigna, a título introdutório, “inicialmente, faz-se necessário uma digressão sobre a tumultuária relação jurídica respeitante às partes referidas nestes autos, *Arisa Agroindustrial e Reflorestadora S/A, Enci Agroindustrial Ltda e Banco do Nordeste do Brasil S/A*, com base nos inúmeros processos que têm curso perante este Juízo, para o fim de fixar-se, porquanto contestada a legitimidade ou não da Embargante.” (fl. 76)

Desta premissa, infere o recorrente que a referida empresa deveria ter sido incluída no pólo passivo dos embargos de terceiro, consoante a seguinte argumentação (fl. 1.626):

“Seria inteiramente irrelevante que o Recorrente Embargado, na condição de exequente, tivesse feito constar ou não na inicial executória o pedido de que fossem penhorados os bens da garantia hipotecária, ou que, não sendo encontrado o representante legal da exequida fossem arrestados os mesmos bens, já que, *pedindo ou não, havendo ou não nomeação, obrigatoriamente (art. 655, parágrafo 2º, do CPC) seriam esses os bens a serem penhorados e/ou arrestados*. Tal pedido seria mera reprodução do que já prevê disposição legal expressa, e sobre a qual nem o magistrado, e muito menos o Recorrente, poderia dispor em contrário.

Assim, “o julgamento procedente dos embargos de terceiro, que de fato ocorreu (fls. 67-86), obrigaria a exequida *Enci Agroindustrial Ltda.* a nomear outros bens à penhora para segurança do juízo executório, o que, independentemente dos argumentos já esposados no parágrafo anterior, reforçaria da mesma forma o seu pleito de inclusão no pólo passivo do feito embargatorial” (fl. 1.625).

A questão referente ao litisconsórcio passivo necessário nos embargos de terceiro é controvertida, havendo consenso, todavia, entre os doutrinadores sobre a necessidade de citação do executado quando este indica o bem sobre o qual recaiu a constrição.

A propósito do tema, lembro a lição de Olavo Oliveira Neto, *in A Defesa dos Terceiros na Execução Forçada, apud Aspectos polêmicos e atuais sobre*

os terceiros no processo civil (e assuntos afins) coordenação Fredie Didier Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 742-743:

Pela própria definição do instituto é possível aferir que se trata de ação de conhecimento constitutiva negativa, já que visa desconstituir o ato de constrição, emanado de processo alheio, que atinge o autor; o que a torna ideal para a defesa dos direitos de terceiros que são ilegalmente atingidos por ato praticado em execução alheia e atuam visando se opor a ambas as partes.

Ora, o ato de constrição parte do feito do qual o terceiro não é parte e desborda os limites subjetivos da execução, que deve se ater apenas aos responsáveis executivos. Por isso o ato praticado deve ser considerado ilegal, na medida em que praticado em desacordo com o sistema. Por outro lado, em sua atuação o terceiro se opõe a ambas as partes, completando a tipificação da medida ao interesse desta categoria de terceiros.

Poder-se-ia objetar tal raciocínio sob o argumento de que o legitimado passivo para responder aos embargos é o exeqüente e que, por isso, o terceiro não atuaria visando excluir ambas as partes. Essa a posição de Antônio Carlos Marcato ao alertar que o "legitimado passivo é o exeqüente, e, eventualmente, o próprio executado, na hipótese de vir ele a nomear para a penhora bens ou direitos do terceiro"; no que é seguido pela doutrina majoritária, representada por Vicente Greco Filho, Araken de Assis, Humberto Theodoro Júnior e Luiz Felipe Silveira Difini.

Em que pese o respeito a tal idéia, nossa posição é no sentido de que tanto o sujeito ativo quanto o sujeito passivo devem participar da relação jurídica de direito processual. Isso porque, sendo os embargos de ação constitutiva negativa, o ato de constrição não pode ser desconstituído para apenas uma das partes. Se forem julgados procedentes, a decisão que afasta a constrição realizada sobre bens de terceiros vale para ambas as partes da execução.

É também elucidativa a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco, *in* Litisconsórcio, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, nota n. 234, p. 119-120:

Para Calmon de Passos, o executado só será litisconsorte necessário quando tiver nomeado o bem à penhora (Do litisc., n. 19, p. 30), opinião essa que difere de Lopes da Costa (Dir. proc. civ. bras., IV, n. 20, p. 300) e Donald Armelin (Embargos de terceiro, inédito, n. 304), os quais não distinguem: no pólo passivo da relação processual dos embargos, hão de estar sempre o demandante e o demandado. Moraes e Barros (Coment., IX, n. 199, p. 393) separa várias hipóteses, mas é categórico: "quando o executado indicou os bens à penhora, sua presença como litisconsorte é indeclinável". Já Ambra dizia que o executado poderá intervir

como assistente, carecendo de legitimidade para ser réu (embargado): cfr. Dos embargos de terceiro, p. 76. Na prática jurisprudencial, tem-se dispensado a participação do devedor (sem considerar casos de bem nomeado à penhora, que são de menor ocorrência).

No caso em exame, a constrição recaiu sobre bens dados pela executada em hipoteca como garantia da dívida executada. A própria sentença rescindenda esclareceu que havia relação jurídica entre as partes - o exequente (BNB), a executada (*Enci*, prestadora da garantia hipotecária) e a autora dos embargos de terceiro (*Arisa*) - a qual deveria ser examinada para a solução dos embargos de terceiro.

No caso, a indicação do bem deu-se em momento anterior à execução, quando o devedor ofereceu o imóvel em garantia hipotecária, circunstância que ensejou o arresto, na forma do disposto no art. 655, § 1º, do CPC

É manifesta, portanto, a existência de litisconsórcio passivo necessário unitário. Não há como desconstituir a garantia sem a integração à lide de quem ofereceu a garantia hipotecária, no caso, a executada. Incide, pois, o art. 47, do CPC, segundo o qual “há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.”

No sentido da necessidade de citação, como litisconsorte necessário, do devedor executado quando a constrição recair sobre o bem dado em garantia hipotecária, lembro o acórdão no REsp n. 298.358-SP, relator o Ministro *Pádua Ribeiro*, mencionado como paradigma no recurso especial, do qual destaco os seguintes parágrafos:

A penhora derivou da hipoteca a que estão submetidos os imóveis, como determina o artigo 655, § 2º, CPC.

O art. 47, do CPC, estabelece que há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes. É inegável a existência de um liame jurídico a unir exequente e executado em face do terceiro embargante, e a vincular cada um daqueles a este.

Ora, se o disposto no artigo 655, § 2º, do CPC, indica que a penhora recairá sobre o bem hipotecado, independentemente de nomeação, vê-se aí a participação do devedor, ainda que indireta, na efetivação da penhora, ensejada por sua inadimplência.

Se o credor exequente tem todo interesse na manutenção do ato judicial impugnado, a justificar sua legitimidade passiva, não é menos verdadeiro que o devedor executado tem o mesmo interesse, já que, se for desconstituída a penhora, outro bem deverá ser indicado para o lugar daquele que for liberado. A decisão que der pela invalidade da constrição surtirá efeitos que se aplicarão a ambas as partes da execução.

Assim, dada a natureza da relação jurídica em que se envolvem o embargante, o exequente e a executada, reconheço a existência de litisconsórcio passivo necessário unitário entre esses, e por isso, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para determinar que o terceiro embargante promova, nos termos do parágrafo único do artigo 47, do CPC, a citação da Imobiliária Trablusi Ltda., de modo a aperfeiçoar o pólo passivo dos embargos de terceiro.

Manifesta, portanto, a violação à literalidade do art. 47, do CPC.

Alegam os recorridos que não caberia ao banco recorrente alegar nulidade decorrente da ausência de citação da *Enci*, o que somente por ela poderia ser suscitado.

A nulidade estabelecida no art. 47 do CPC, incidente apenas em caso de litisconsórcio necessário unitário, fulmina por completo a eficácia da sentença, a qual não produz efeito sequer entre as partes citadas.

Esclarece, a propósito HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

Dispõe o art. 47, *in fine*, que nos casos de litisconsórcio necessário “a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo”.

Se o autor não requerer a citação dos litisconsortes necessários e o processo tiver curso até sentença final, esta não produzirá efeito nem “em relação aos que não participam do processo nem em relação aos que dele participaram”. Ocorrerá nulidade total do processo.

(THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 51º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1).

Sobre o tema disserta OVÍDIO BATISTA DA SILVA:

Avulta, na análise do art. 47, o problema da eficácia ou, como dizia CHIOVENDA, a questão *utilidade* da sentença porventura emanada de um processo com litisconsórcio necessário incompletamente formado. A doutrina e a jurisprudência de nossos Tribunais filiam-se ao ponto de vista sustentado pelo mestre italiano, considerando que a sentença, em tais casos, não produzirá efeito algum, tanto

em relação aos terceiros legitimados a intervir como litisconsortes, quanto em relação àqueles que participaram do processo como autores ou como réus.

ARRUDA ALVIM adota a respeito uma solução mais branda, aceita por ROSA MARIA NERY e NELSON NERY JUNIOR, segundo a qual a sentença, no caso de litisconsórcio necessário não íntegro, dependeria, para produzir eficácia - mesmo perante as partes que tenham participado da causa -, de que os terceiros legitimados a intervir como litisconsortes concordassem com a sentença. Se houvesse impugnação por parte deles, então a sentença seria absolutamente ineficaz em relação a todos os litisconsortes.

A eficácia da sentença, neste caso, como reconhece ARRUDA ALVIM, passaria a depender da existência ou não de prejuízo para o terceiro legitimado a intervir como litisconsorte, sob a consideração de que a formação do litisconsórcio necessário teria sempre por finalidade a proteção dos terceiros legitimados. Diz o jurista: "ora, desde que incorra prejuízo para o ausente, *ipso facto*, não tendo sentido cogitar-se de sua proteção, porque ele aceita como bons e jurídicos os efeitos da sentença, esta valerá para todos os litisconsortes também, que, *de per sí*, nada podem arguir contra a mesma.

A solução, que não nos parece satisfatória, por reduzir a indispensável formação do litisconsórcio necessário à *facultativa* concordância dos legitimados, mantidos fora da causa, poderia valer para os casos de litisconsórcios falsamente unitários, não para aqueles em que a unitariedade verdadeira estivesse na relação substancial una e única."

(SILVA, Ovídio A. Baptista da. Comentários ao código de processo civil, v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000).

Acrescento que o prejuízo à defesa do exequente/embargado com a ausência de integração à lide do executado que deu o bem imóvel em garantia hipotecária é manifesto, pois somente este teria os elementos de prova necessários para defender de forma suficiente os atributos da propriedade sobre a qual fez incidir a garantia.

Reconheço, portanto, a ofensa ao art. 47 do CPC, o que justifica a procedência do pedido rescisório para o fim de declarar a nulidade da sentença proferida nos embargos de terceiro.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar procedente o pedido rescisório e invalidar a sentença nos embargos de terceiro por falta de citação de litisconsorte necessário. Fica prejudicada a análise dos demais pontos do recurso especial. Condeno os recorridos ao pagamento de honorários de sucumbência no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

RECURSO ESPECIAL N. 839.923-MG (2006/0038486-2)

Relator: Ministro Raul Araújo

Recorrente: Edésio Moreira da Silva

Advogado: Leonardo Camilo Garcia de Las Ballonas Campolina e outro(s)

Recorrido: João Cardoso Neto e outro

Advogado: Fernando César Ramos Ferreira e outro

EMENTA

Recurso especial. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Agressão física ao condutor do veículo que colidiu com o dos réus. Reparação dos danos morais. Elevação. Ato doloso. Caráter punitivo-pedagógico e compensatório. Razoabilidade e proporcionalidade. Recurso provido.

1. Na fixação do valor da reparação do dano moral por ato doloso, atentando-se para o princípio da razoabilidade e para os critérios da proporcionalidade, deve-se levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta do causador do dano no meio social e a gravidade do ato ilícito.

2. Sendo a conduta dolosa do agente dirigida ao fim ilícito de causar dano à vítima, mediante emprego de reprovável violência física, o arbitramento da reparação por dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação, sem perder de vista a vedação do enriquecimento sem causa da vítima.

3. Na hipótese dos autos, os réus espancaram o autor da ação indenizatória, motorista do carro que colidira com a traseira do veículo que ocupavam. Essa reprovável atitude não se justifica pela simples culpa do causador do acidente de trânsito. Esse tipo de acidente é comum na vida diária, estando todos suscetíveis ao evento, o que demonstra, ainda mais, a reprovabilidade da atitude extrema, agressiva e perigosa dos réus de, por meio de força física desproporcional e excessiva, buscarem vingar a involuntária ofensa patrimonial sofrida.

4. Nesse contexto, o montante de R\$ 13.000,00, fixado pela colenda Corte *a quo*, para os dois réus, mostra-se irrisório e incompatível com a gravidade dos fatos narrados e apurados pelas instâncias ordinárias, o que autoriza a intervenção deste Tribunal Superior para a revisão do valor arbitrado a título de danos morais.

5. Considerando o comportamento altamente reprovável dos ofensores, deve o valor de reparação do dano moral ser majorado para R\$ 50.000,00, para cada um dos réus, com a devida incidência de correção monetária e juros moratórios.

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de maio de 2012 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 21.5.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Trata-se de recurso especial interposto por *Edésio Moreira da Silva*, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão, proferido pelo colendo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

Acidente de trânsito. Agressões físicas ao motorista causador do evento. Dano moral. Provas. Testemunhas não contraditadas. Boletim de ocorrência. Valor probante. Presunção *juris tantum*. Valoração das provas. Arbitramento do dano moral. Parâmetro. 49ª Reunião do Centro de Estudos Jurídicos Juiz Ronaldo Cunha Campos.

- Cabe ao réu, de acordo com o art. 333, inc. II, provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor e não tendo, pois, se desincumbido

desta tarefa de vez sustentar sua defesa em documento que gozam de presunção *juris tantum* de veracidade, valor este que se encontra afastado por provas robustas em contrário, deve ser mantida, neste particular a r. sentença, fustigada que reconheceu a ocorrência de danos morais decorrentes de agressão física incontínente ao acidente de trânsito provocado pelo autor, de vez tornar-se irrelevante se este encontrava-se ou não embriagado.

- Deve ser reduzido o valor arbitrado a título de danos morais equivalente a 500 salários mínimos para o caso de lesão corporal, pois, de acordo com os parâmetros da 49ª Reunião do Centro de Estudos Jurídicos Juiz Ronaldo Cunha Campos, realizada em 28.8.1998, cujas decisões uniformizam e orientam os julgados desta Casa, tal valor poderia equivaler-se para casos de morte de ente querido, conforme circunstância do óbito. (fl. 408, e-STJ).

Os embargos de declaração opostos foram julgados nos termos da seguinte ementa:

Embargos declaratórios. Prequestionamento. Ausência de ocorrências do artigo 535, II, do CPC. Rejeição do recurso.

- Embora o relatório não conste da parte dispositiva, não fazendo, pois, coisa julgada, para se completar a pretendida prestação jurisdicional devem ser acatados os Embargos Declaratórios para declarar o valor exato da indenização fixada em primeiro grau que, *in casu*, estabeleceu o dano moral em 250 salários mínimos para cada um dos réus, ora embargantes, totalizando 500 salários mínimos. (fl. 423, e-STJ).

Em suas razões recursais, o ora recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação aos arts. 159 do Código Civil de 1916 e aos arts. 186 e 927 do Novo Código. Sustenta que a redução do valor da reparação dos danos morais de 500 salários mínimos (250 para cada réu) para R\$ 13.000,00, para ambos os réus, resulta em quantia irrisória, o que possibilita a revisão do *quantum* indenizatório nesta via recursal. Afirma, nesse contexto, que “o Tribunal desconsiderou todas as provas produzidas nos autos e circunstâncias que comprovaram a crueldade da agressão, bem como a capacidade econômica dos ofendidos (possuíam à época um Jeep Cherokee e simplesmente aplicou a ‘tabela’, ou seja, se o autor tivesse levado apenas um ‘tapa na cara’ teria direito aos mesmos 50 salários mínimos que lhe foram atribuídos pelo Tribunal, após ser brutalmente e covardemente espancado por dois ‘pit boys’, de situação econômica e financeira abastada, que somente não mataram o autor porque o mesmo foi arrancado de suas mãos. Pois, por tudo que se comprova da instrução processual os mesmos tinham a intenção de matar o autor e inclusive

ameaçaram de morte uma das testemunhas” (fl. 432, e-STJ). Requer, ao final, seja restabelecido o valor fixado na r. sentença, a título de danos morais (250 salários mínimos para cada agressor).

Às fls. 508-511, *João Cardoso Neto e outro* apresentaram suas contrarrazões, arguindo falta de questionamento, bem como inviabilidade de revisão do *quantum* reparatório na via estreita do recurso especial.

O recurso não foi admitido na origem (fls. 513-514, e-STJ). Por essa razão, o recorrente interpôs agravo de instrumento, o qual foi provido para melhor exame da controvérsia (fl. 519, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): A ação indenizatória, por danos morais, estéticos e materiais, foi ajuizada pelo ora recorrente *Edésio Moreira da Silva* contra *João Cardoso Neto* e *Roberto Carlos da Silva*.

Relatam as instâncias ordinárias que, em 15 de novembro de 1998, houve acidente de trânsito no qual o veículo do autor da ação indenizatória colidiu com a parte traseira do Jeep Cherokee de um dos réus, *João Cardoso Neto*. Nessa ocasião, os réus saíram do veículo e agrediram violentamente o autor, retirando-o à força de seu carro e espancando-o com socos e chutes em várias partes do corpo, além de bater sua cabeça contra uma grade, sendo que os réus ficavam revezando entre quem segurava a vítima e quem a agredia.

Segundo consta dos autos, o ato ocasionou inúmeras lesões no corpo do autor, especialmente em sua face, “tendo o nariz quebrado em três lugares, visíveis cortes no supercílio direito e na base esquerda do nariz, além de grandes hematomas nos olhos” (fl. 319, e-STJ). Ademais, a agressão trouxe sequelas de ordem emocional e psíquica.

O d. Juízo sentenciante não acolheu o pedido de indenização dos danos materiais e estéticos. Os primeiros, porque não provados, e os segundos, porque as cicatrizes deixadas no rosto não poderiam ser caracterizadas como deformidades permanentes, além de a cirurgia plástica ter conseguido solucionar a fratura do nariz, deixando cicatrizes apenas na parte interna da mucosa nasal, não visíveis na face. Reconheceu, porém, a configuração do dano moral, fixando a reparação em 250 salários mínimos para cada um dos agressores, com base nos seguintes fundamentos:

Existem nos autos, afirmativas de que os Réus são pessoas de alta renda, donos de fazenda e comércio, que nos levam a considerá-los em boa situação econômico financeira. Antes de fixar a pleiteada indenização, este Juízo requereu fosse oficiado ao Imposto de Renda, solicitando as declarações de renda dos Réus nos últimos cinco, para que não restasse dúvida da situação econômica dos Requeridos. Anexamos as mesmas aos autos, em envelope devidamente lacrado, que só poderá ser aberto com determinação judicial.

Destarte, tendo em vista a alta ofensa à honra e à dignidade do Autor, e à sua família, que de certo modo também foi humilhada, o desgaste dela decorrente, o medo das ameaças que lhe foram feitas, arbitramos a indenização em 250 salários mínimos para cada um dos agressores, totalizando 500 salários mínimos, portanto um quarto do requerido pelo Autor. Aplica-se a Lei n. 6.899/1981. (fl. 333, e-STJ).

A Corte estadual, no entanto, reformou a r. sentença, nesse ponto, alterando o *quantum* reparatório para R\$ 13.000,00, para os dois réus, com correção monetária a partir desta fixação e juros moratórios da data do evento danoso (Súmula n. 54-STJ), sob o fundamento de que “o valor arbitrado a título de danos morais deverá ser revisto, de acordo com os parâmetros da 49ª Reunião do Centro de Estudos Jurídicos Juiz Ronaldo Cunha Campos, realizada em 28.8.1998, cujas decisões uniformizam e orientam os julgados desta Casa para semelhantes casos. Neste talante, igual valor indenizatório constante da sentença se presta, conforme o caso, para reparar a perda de um ente querido” (fl. 414, e-STJ).

É certo que o magistrado, seguindo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, deve, na fixação do valor da reparação do dano moral, levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, mas não pode perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta do causador do dano no meio social e a gravidade do ato ilícito.

Há casos em que a conduta do agente é dirigida ao fim ilícito de causar dano à vítima, atuando com dolo, o que torna seu comportamento particularmente reprovável. Nessa perspectiva, o arbitramento do dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação.

Com efeito, a reparação punitiva do dano moral deve ser adotada “quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável - dolo ou culpa grave - e, ainda, nos casos em que, independentemente de culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2010, p. 99).

Conforme lição de **CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA**, “na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material o que pode ser obtido ‘no fato’ de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança. A isso é de acrescentar que na reparação por dano moral insere-se a solidariedade social à vítima” (*Responsabilidade Civil*, atualizador Gustavo Tepedino, 10ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 413-414).

Atento a essas questões, o eminente Ministro **CARLOS FERNANDO MATHIAS** fez importantes ponderações, *in verbis*:

Deveras, é fato que se vive hoje um novo tempo no direito, quer com o reconhecimento (e mais do que isto, como garantia constitucional) da indenização por dano moral, quer - e aí com revelação de certa perplexidade - no concernente à sua fixação ou avaliação pecuniária, à míngua de indicadores concretos.

Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano em destaque, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima.

Como fixar a reparação?; quais os indicadores?

Por certo, devido à influência do direito norte-americano muitas vezes invoca-se pedido na linha ou princípio dos “*punitive damages*”.

“*Punitive damages*” (ao pé da letra, repita-se o óbvio, indenizações punitivas) diz-se da indenização por dano, em que é fixado valor com objetivo a um só tempo de desestimular o autor à prática de outros idênticos danos e a servir de exemplo para que outros também assim se conduzam.

Ainda que não muito farta a doutrina pátria no particular, têm-se designado as “*punitive damages*” como a “teoria do valor do desestímulo” posto que, repita-se, com outras palavras, a informar a indenização, está a intenção punitiva ao causador do dano e de modo que ninguém queira se expor a receber idêntica sanção.

No caso do dano moral, evidentemente, não é tão fácil apurá-lo.

Ressalte-se, outrossim, que a aplicação irrestrita das “*punitive damages*” encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.

Assim, o critério que vem sendo utilizado por esta Corte na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido e, também, de modo que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito. (REsp n. 210.101-PR, Quarta Turma, DJe de 9.12.2008, grifo nosso).

Portanto, não obstante autorizado, em determinadas circunstâncias, o reconhecimento do caráter punitivo do dano moral, não se pode perder de vista, em seu arbitramento, a vedação do enriquecimento sem causa da vítima.

Na hipótese dos autos, os réus espancaram o motorista, autor da ação indenizatória, que colidira com a traseira do carro que ocupavam. Essa reprovável atitude não se justifica pela eventual culpa do autor na ocorrência do acidente de trânsito, tampouco por sua alegada embriaguez - a respeito da qual existe discussão nos autos (*na r. sentença, o d. Juízo a quo desconsiderou o boletim de ocorrência que sugeria a embriaguez do autor, porquanto tal dado não estava embasado em exame que comprovasse se havia, realmente, ingestão de álcool - (fl. 324, e-STJ). Afirmou o Magistrado que o estado desnorteadado da vítima decorria, provavelmente, das pancadas violentas na cabeça. O colendo Tribunal de Justiça, de outro lado, concluiu pela lisura do referido boletim de ocorrência e, portanto, pela embriaguez da vítima*). Ao contrário, esse tipo de acidente é comum na vida diária, estando todos suscetíveis ao evento, o que demonstra, ainda mais, a reprovabilidade da atitude extrema, agressiva e perigosa dos réus de, por meio de força física desproporcional e excessiva, buscarem vingar a involuntária ofensa patrimonial sofrida.

Nesse contexto, o montante de R\$ 13.000,00, fixado pela colenda Corte *a quo*, para os dois réus, mostra-se irrisório e incompatível com a gravidade dos fatos narrados e apurados pelas instâncias ordinárias, o que autoriza a intervenção deste Tribunal Superior para a revisão do valor arbitrado a título de danos morais.

Destarte, considerando o comportamento doloso altamente reprovável dos ofensores, deve o valor do dano moral ser arbitrado, em atendimento ao caráter punitivo-pedagógico e compensatório da reparação, no montante de R\$ 50.000,00, para cada um dos réus, com a devida incidência de juros moratórios e correção monetária.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso especial para, majorando os danos morais, condenar cada um dos réus a pagar ao autor o valor de R\$ 50.000,00, com a devida incidência de juros moratórios, desde o evento danoso (15.11.1998), de 0,5% ao mês até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, quando, então, submeter-se-á à regra contida no art. 406 deste último Diploma, a qual, de acordo com precedente da Corte Especial, corresponde à Taxa Selic, ressalvando-se que a correção monetária, que incidiria a partir desta data, já está abrangida na Selic, pois é fator que já compõe a referida taxa, além dos ônus sucumbenciais.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 860.064-PR (2006/0125042-6)

Relator: Ministro Raul Araújo

Recorrente: Amélio Almeida Poubel e outros

Advogado: Idair Bitencourt Milan

Recorrido: Condomínio Residencial Pamplona e outros

Advogado: Eduardo Amaral Pompeo e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Civil. Incorporação imobiliária. Construção a preço de custo. Condôminos inadimplentes. Leilão das frações ideais. Restituição dos valores pagos. Recurso parcialmente provido.

1. Tratando-se de construção sob o regime de administração ou preço de custo, o construtor não pode ser considerado parte legítima para figurar no polo passivo de ação cujo escopo seja a restituição de parcelas pagas diretamente ao condomínio e por ele administradas para investimento na construção.

2. No caso em exame, os proprietários do terreno e os adquirentes das frações ideais formaram condomínio, ajustando a construção de edifício, sob o regime de preço de custo. Destarte, a relação

jurídica estabeleceu-se entre os condôminos e o condomínio. Os primeiros ficavam responsáveis pelos custos da obra e o segundo por sua administração, fiscalização e pelos investimentos dos valores percebidos no empreendimento imobiliário.

3. Não há relação de consumo a ser tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor. Na realidade, a relação jurídica, na espécie, é regida pela Lei de Condomínio e Incorporações Imobiliárias (Lei n. 4.591/1964).

4. O art. 63 dessa lei prevê a possibilidade de o condomínio alienar em leilão a unidade do adquirente em atraso, visando à recomposição de seu caixa e permitindo que a obra não sofra solução de continuidade. Todavia, a autorização de alienação do imóvel não pode ensejar o enriquecimento sem causa do condomínio, de maneira que o § 4º estabelece que do valor arrematado deverão ser deduzidos: (I) o valor do débito; (II) as eventuais despesas; (III) 5% a título de comissão; e (IV) 10% de multa compensatória. E, havendo quantia remanescente, deverá ser devolvida ao condômino inadimplente.

5. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Brasília (DF), 27 de março de 2012 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 2.8.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Trata-se de recurso especial interposto por *Amélio Almeida Poubel e outros*, com fundamento no art. 105, III, **a**, da

Constituição Federal, contra acórdão, proferido pelo colendo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado:

Apelação cível. Anulação de cláusula contratual e devolução de parcelas pagas. Condomínio de construção. Inadimplência. Mora. Leilão. Inteligência da Lei n. 4.591/1964. Provimento parcial do primeiro recurso e desprovimento do segundo.

Inexiste qualquer relação de consumo entre o condômino e o condomínio, ou destes com relação à construtora contratada para edificar o prédio não se aplicando, portanto, o Código de Defesa do Consumidor.

Nos casos de inadimplemento de uma dos participantes, a Lei n. 4.591/1964 determina em seu artigo 63, § 3º, que se promova o leilão da unidade pertencente ao inadimplente, obedecidas às formalidades legais para o ato, sendo alienado o bem inicialmente pelo valor da dívida e, depois, por qualquer valor.

Primeira apelação parcialmente provida e segunda desprovida. (fls. 333-334).

Nas razões de recurso especial, os ora recorrentes apontam, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 2º, 51, II, 53 e 54 da Lei n. 8.078/1990, ao art. 884 do Código Civil de 2002 e ao art. 63, § 4º, da Lei n. 4.591/1964. Afirmam, em síntese, que: (I) há relação de consumo entre os condôminos e a construtora e a imobiliária, de maneira que é plenamente aplicável o Código de Defesa do Consumidor; (II) “o não ressarcimento dos valores pagos aos sócios da Construtora e Imobiliária, bem como as parcelas ao condomínio, vem gerar locupletamento à custa alheia”; (III) a imobiliária e a construtora também são partes legítimas para figurar no polo passivo da demanda, além do condomínio, porquanto, “tendo os sócios das recorridas celebrado contratos com os Recorrentes, recebendo valores determinados pelo pagamento dos direitos, como também o pagamento de parcelas fixas mensais por período indeterminado, ficando perfeitamente configurado (compra e venda). Portanto, não é possível negar-se-lhes legitimidade para residir no pólo passivo da ação em que os Recorrentes visam à restituição de valores que lhes são devidos” (fls. 346-354, e-STJ).

Contrarrazões apresentadas às fls. 361-367, e-STJ.

Não tendo sido admitido o recurso na origem, subiram os autos por força do provimento de agravo de instrumento (fls. 369-372 e 381, e-STJ), pelo eminente Ministro Jorge Scartezini.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): *Amélio Almeida Poubel e Oswaldo Albuquerque Cavalcanti e sua esposa* ajuizaram ação ordinária de anulação de cláusula contratual com devolução das parcelas pagas em virtude de aquisição de direitos futuros sobre imóveis contra *Condomínio Residencial Pamplona, Verde Cidade Construtora e Imobiliária Cidade Verde Ltda.*

Os fatos da causa têm início quando *Braulio Ribeiro* e sua esposa, donos de determinado terreno, venderam frações ideais a um grupo de pessoas, entre eles um dos autores da ação, *Oswaldo Albuquerque Cavalcanti* e sua esposa (correspondente ao futuro apartamento 501), visando à instituição de condomínio e à construção de edifício residencial, a ser denominado Condomínio Residencial Pamplona.

O outro autor da ação, *Amélio Almeida Poubel*, celebrou contrato de cessão e transferência de direitos, adquirindo a fração ideal de condômino daquela primeira relação jurídica (correspondente ao futuro apartamento 201), pagando, para tanto, R\$ 11.850,00.

Para viabilizar o empreendimento foi instituído o condomínio, no qual os condôminos responsabilizaram-se pelo custo total da obra, de modo que, ao final da edificação, cada qual ficaria com uma fração ideal do terreno. Formado o condomínio, foi, após, celebrado contrato de construção, pelo sistema de administração a preço de custo, com a sociedade empresária *Espaço Novo Engenharia e Construção Civil Ltda.*, sucedida por *Verde Cidade Construtora*.

Durante período de retardamento e paralisação das obras, *Amélio Almeida Poubel* e *Oswaldo Albuquerque Cavalcanti* e sua esposa interromperam o pagamento das parcelas acordadas. O primeiro até então pagara um total de treze parcelas, somando R\$ 6.500,00, e os segundos onze parcelas, totalizando R\$ 8.800,00.

Após o atraso de mais de três parcelas por cada qual (débito do primeiro autor de R\$ 2.400,00 e débito dos segundos autores de R\$ 3.664,60), o condomínio, com base no art. 63 da Lei n. 4.591/1964, realizou leilão para a cessão dos direitos dos inadimplentes sobre os imóveis. Houve adjudicação pelo próprio condomínio, respectivamente, pelos valores de R\$ 5.822,00 e de R\$ 5.402,00.

Apreciando a ação, o d. Juízo *a quo* acolheu as preliminares de ilegitimidade passiva *ad causam* da *Imobiliária Cidade Verde Ltda.* e de *Verde Cidade Construtora*,

por entender que: (I) quanto à primeira ré, não existia prova de vínculo entre ela e os autores; (II) quanto à construtora, o imóvel fora construído pelo sistema de administração a preço de custo, o que enseja a responsabilidade apenas do *Condomínio Residencial Pamplona*. No mérito, condenou, então, o referido condomínio ao ressarcimento dos valores das parcelas que foram pagas pelos autores, respectivamente, de R\$ 6.500,00 e R\$ 8.800,00.

O colendo Tribunal local, ao julgar a apelação dos promoventes, confirmou a ilegitimidade da imobiliária e da construtora. E, dando provimento à apelação do condomínio, concluiu que não haveria valor passível de devolução. Eis os fundamentos do v. acórdão recorrido:

Depreende-se, da leitura do caderno processual, que os autores formularam, em comunhão com terceiros, um condomínio para construção de um prédio de apartamentos, em que cada condômino, após a conclusão da obra, teria direito a uma fração ideal.

A construção de edifício por administração própria, ou a preço de custo, é regida pela Lei n. 4.591/1964, em que a obra pertence aos próprios condôminos, que contratam uma empreiteira para administrar, e os componentes se comprometem a cumprir sua parte no empreendimento, pagando as prestações até a conclusão da obra.

No mesmo norte, inexistente qualquer relação de consumo entre o condômino e o condomínio, ou destes com relação à construtora contratada para edificar o prédio, não se aplicando, portanto o Código de Defesa do Consumidor. Assim, fica, desde já prejudicada a parte final da primeira Apelação, no que diz respeito à taxa de administração no valor de 15%.

Nos casos de inadimplemento de um dos participantes, a Lei n. 4.591/1964 determina, em seu artigo 63, § 3º, que se promova o leilão da unidade pertencente ao inadimplente, obedecidas às formalidades legais para o ato, sendo alienado o bem inicialmente pelo valor da dívida, e, depois, por qualquer valor.

Na presente hipótese o arrematante foi o próprio condomínio, à míngua de outros interessados na aquisição da quota pertencente ao autor, assumindo a responsabilidade pelos futuros pagamentos, recebendo a obra no estado em que se encontrava, porém, com parte de seu valor já saldado pelo proprietário originário.

(...)

Como demonstrado, no presente caso não há valor passível de devolução.

(...)

Os valores anteriormente pagos aos primeiros detentores das cotas, ou seja, anteriores aos litigantes, não são devidas pelo condomínio, ante a ausência de provas de repasse ou não de tais valores.

A tese defendida na segunda apelação não merece guarida, já que, com a constituição do condomínio, abstraiu-se a legitimidade das Construtora e Imobiliária em relação ao pedido. Como bem salientou o nobre julgador, em primeiro grau: "(...) Os próprios condôminos se organizaram e formalizaram o condomínio, estabelecendo sua existência formal e seu disciplinamento, fls. 43-49 e fls. 54 a 62, sendo que a ré Verde Cidade Construtora de Obras é mera administradora, tanto é que as notificações foram feitas aos autores pelo próprio condomínio, assim como, o leilão também foi promovido pelo próprio condomínio." (fls. 221).

Portanto, conforme os argumentos expendidos na primeira Apelação, ajuizada pelo Condomínio Residencial Pamplona, impõe-se à reforma parcial da r. sentença monocrática, apenas no sentido da não aplicação, ao presente caso, das regras atinentes ao Código de Defesa do Consumidor, restando incontroverso que os segundos apelantes não fazem jus à restituição anteriormente determinada, impondo-se, conseqüentemente, a inversão dos ônus sucumbenciais.

Desta forma, dou provimento parcial às razões do primeiro apelante, excluindo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e absolvendo-o da condenação imposta, invertendo o ônus da sucumbência. Nego provimento à segunda Apelação e mantenho a sentença nos demais tópicos. (fls. 337-342, e-STJ).

No tocante à legitimidade passiva *ad causam* da *Imobiliária Cidade Verde Ltda.*, não há como afastar, na via estreita do recurso especial, a conclusão das instâncias ordinárias, aferidas com base no contexto fático-probatório dos autos, no sentido de que não há prova a demonstrar a existência de algum vínculo material entre os autores da ação e a imobiliária.

A revisão de tal entendimento esbarraria, inevitavelmente, no óbice da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Relativamente à legitimidade passiva *ad causam* de *Verde Cidade Construtora*, cumpre salientar que, tratando-se de construção sob o regime de administração ou preço de custo, o construtor não pode ser considerado parte legítima para figurar no polo passivo de ação cujo escopo seja a restituição de valores pagos diretamente ao condomínio e por ele administrados para investimento na construção.

A Lei n. 4.591/1964, que dispõe sobre condomínio em edificações e incorporações imobiliárias, prevê diversos regimes de construção de empreendimentos imobiliários, entre eles a construção por administração ou a preço de custo, regida pelo art. 58, o qual assim estabelece:

Art. 58. Nas incorporações em que a construção for contratada pelo regime de administração, também chamado “a preço de custo”, será de responsabilidade dos proprietários ou adquirentes o pagamento do custo integral de obra, observadas as seguintes disposições:

I - todas as faturas, duplicatas, recibos e quaisquer documentos referentes às transações ou aquisições para construção, serão emitidos em nome do condomínio dos contratantes da construção;

II - todas as contribuições dos condôminos para qualquer fim relacionado com a construção serão depositadas em contas abertas em nome do condomínio dos contratantes em estabelecimentos bancários, as quais, serão movimentadas pela forma que for fixada no contrato.

Nota-se, pois, que, no regime de construção a preço de custo, a obra é um empreendimento coletivo dos condôminos, adquirentes das frações ideais, administrado por uma comissão de representantes, a quem incumbe o recebimento de valores em contas abertas em nome do condomínio, além da administração e do investimento desses valores no empreendimento imobiliário.

Portanto, se os adquirentes são os responsáveis pelo pagamento integral da obra e o condomínio é o destinatário das prestações, enquanto o construtor limita-se a receber a remuneração contratada para execução do empreendimento, não há como reconhecer sua legitimidade para responder pela restituição de valores pagos pelos condôminos/adquirentes diretamente ao condomínio.

A propósito do tema, a lição de **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR**:

(...) diante da sistemática da incorporação, no regime da construção por administração (preço de custo), nem mesmo tem o adquirente legitimidade para exigir da construtora, no caso de rompimento do contrato, a restituição das parcelas já aplicadas na obra, já que esta se desenvolve por conta do condomínio, representado pela comissão de representantes. (Incorporação imobiliária: atualidade do regime jurídico instituído pela Lei n. 4.591/1964, Revista Forense, v. 100, n. 376, 2004, p. 92).

Nesse sentido, citam-se os seguintes precedentes:

Incorporação imobiliária. Construção sob o regime de administração (preço de custo). Devolução dos valores pagos por adquirente inadimplente. Ilegitimidade passiva da incorporadora. Incidência do art. 58 da Lei n. 4.591/1964. Embargos de declaração. Ausência de omissão. Multa caráter protelatório não caracterizado.

Prequestionamento. Súmula n. 98-STJ.

- *No regime de construção por administração, a responsabilidade pelo andamento, recebimento das prestações e administração da obra é dos adquirentes, condôminos, por intermédio da comissão de representantes, e não da incorporadora, parte ilegítima para figurar no pólo passivo de ação que visa à devolução de valores pagos por adquirente inadimplente.*

- O manejo de embargos de declaração com fim de prequestionamento não tem caráter protelatório.

Recurso especial parcialmente conhecido e provido.

(REsp n. 679.627-ES, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 20.11.2006).

Civil e Processual Civil. Incorporação imobiliária. Construção sob o regime de administração (preço de custo). Devolução dos valores pagos por adquirente. Legitimidade passiva da incorporadora que restou responsável por toda a administração do empreendimento, inclusive pelo recebimento das parcelas pagas pelos condôminos.

1. Não há falar em violação ao art. 535 do Código de Processo Civil.

O Eg. Tribunal *a quo* dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

2. *A construção do imóvel sob o regime de administração (preço de custo), na forma do artigo 58 da Lei n. 4.591/1964, é negócio coletivo, administrado pelos próprios condôminos, adquirentes de frações ideais do empreendimento, que, por meio de uma comissão de representantes, recebe, administra e investe os valores vertidos por todos, motivo pelo qual os riscos do empreendimento são de responsabilidade dos próprios adquirentes, sendo incabível, em regra, que a incorporadora figure no pólo passivo da ação de devolução das parcelas pagas e administradas pelo condomínio.*

3. Contudo, no caso ora em análise, embora exista a figura do condomínio, os valores devidos para a realização da construção eram pagos diretamente ao alienante das frações ideais, o qual se confunde com os incorporadores, restando ao condomínio, somente, a fiscalização das obras realizadas, razão pela qual não há falar em carência da ação, respondendo os réus, em tese, pela devolução dos valores pagos e pelos eventuais danos decorrentes do alegado inadimplemento da obrigação.

4. Recurso especial conhecido em parte, e, nesta parte, provido. (REsp n. 426.934-SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 12.4.2010).

Na hipótese em comento, segundo informações colhidas pelas instâncias ordinárias, o condomínio, além da fiscalização das obras realizadas, era responsável pelo recebimento dos valores devidos pelos condôminos para a realização da construção. Além disso, os imóveis foram levados a leilão e, ao

final, adjudicados pelo próprio condomínio. Destarte, foi o condomínio que se beneficiou financeiramente, ao receber e administrar os valores pagos pelos condôminos e ao adjudicar as unidades em leilão, após o inadimplemento dos autores da ação.

Deve, assim, ser confirmada a ilegitimidade de *Verde Cidade Construtora* para figurar no polo passivo desta ação ordinária.

Por derradeiro, quanto à responsabilidade do *Condomínio Residencial Pamplona*, cuja legitimidade fora plenamente admitida nas instâncias ordinárias, cumpre examinar se há obrigação de devolução das parcelas pagas pelos condôminos inadimplentes, autores da ação.

Como dito linhas atrás, os proprietários do terreno e os adquirentes das frações ideais formaram condomínio, ajustando a construção de edifício, sob o regime de preço de custo. Os titulares do imóvel participavam com os terrenos, recebendo, ao final, dois apartamentos construídos, e os demais contratantes financiavam as obras, adquirindo as frações ideais correspondentes às unidades autônomas que lhes caberiam no empreendimento.

A relação jurídica estabeleceu-se entre os condôminos e o condomínio. Os primeiros ficavam responsáveis pelo financiamento da obra - excetuados os proprietários do terreno, na forma acima -, e o segundo, por sua administração, fiscalização e pelos investimentos dos valores percebidos no empreendimento imobiliário.

Não há, assim, relação de consumo a ser tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, o condomínio não se encontra na posição de fornecedor (CDC, art. 3º), tampouco o condômino encontra-se na posição de consumidor final (CDC, art. 2º). Na realidade, a relação jurídica, na espécie, é regida pela Lei de Condomínio e Incorporações Imobiliárias (Lei n. 4.591/1964), que trata especificamente sobre os condomínios e o regime de incorporação imobiliária a preço de custo.

Esta Corte de Justiça tem precedentes que corroboram esse entendimento:

Civil e Processual. Contrato de edificação por condomínio. Ação de cobrança e indenização movida por condôminos contra outro. Multa. Redução. CDC. Inaplicabilidade. Incidência da Lei n. 4.591/1964, art. 12, § 3º.

I. *Tratando-se de contrato em que as partes ajustaram a construção conjunta de um edifício de apartamentos, a cada qual destinadas respectivas unidades autônomas, não se caracteriza, na espécie, relação de consumo, regendo-se os*

direitos e obrigações pela Lei n. 4.591/1964, inclusive a multa moratória na forma prevista no art. 12, parágrafo 2º, do referenciado diploma legal.

II. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 407.310-MG, Quarta Turma, Rel. Min. *Aldir Passarinho Junior*, DJ de 30.8.2004).

Civil e Processual. Agravo no agravo de instrumento. Recurso especial. Ação de restituição. Contrato de edificação por condomínio. CDC. Inaplicabilidade. Incidência da Lei n. 4.591/1964.

- *Na hipótese de contrato em que as partes ajustaram a construção conjunta de um edifício de apartamentos, a cada qual destinadas respectivas unidades autônomas, não se caracteriza, na espécie, relação de consumo, regendo-se os direitos e obrigações pela Lei n. 4.591/1964.*

- Agravo não provido. (AgRg no Ag n. 1.307.222-SP, Terceira Turma, Rel. Min. *Nancy Andrighi*, DJe de 12.8.2011).

Afastada, pois, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, passa-se ao exame da controvérsia com base na análise dos dispositivos legais pertinentes extraídos da Lei n. 4.591/1964, *in verbis*:

Art. 30. Estende-se a condição de incorporador aos proprietários e titulares de direitos aquisitivos que contratam a construção de edifícios que se destinem a constituição em condomínio, sempre que iniciarem as alienações antes da conclusão das obras.

Art. 63. É lícito estipular no contrato, sem prejuízo de outras sanções, que a falta de pagamento, por parte do adquirente ou contratante, de 3 prestações do preço da construção, quer estabelecidas inicialmente, quer alteradas ou criadas posteriormente, quando for o caso, depois de prévia notificação com o prazo de 10 dias para purgação da mora, *implique na rescisão do contrato, conforme nele se fixar, ou que, na falta de pagamento, pelo débito respondem os direitos à respectiva fração ideal de terreno e à parte construída adicionada, na forma abaixo estabelecida, se outra forma não fixar o contrato.*

§ 1º Se o débito não for liquidado no prazo de 10 dias, após solicitação da Comissão de Representantes, *esta ficará, desde logo, de pleno direito, autorizada a efetuar, no prazo que fixar, em público leilão anunciado pela forma que o contrato previr, a venda, promessa de venda ou de cessão, ou a cessão da quota de terreno e correspondente parte construída e direitos, bem como a sub-rogação do contrato de construção.*

§ 2º Se o maior lance obtido for inferior ao desembolso efetuado pelo inadimplente, para a quota do terreno e a construção, despesas acarretadas e as percentagens expressas no parágrafo seguinte será realizada nova praça no prazo estipulado no contrato. Nesta segunda praça, será aceito o maior lance apurado, ainda que inferior àquele total.

§ 3º No prazo de 24 horas após a realização do leilão final, o condomínio, por decisão unânime de Assembléia-Geral em condições de igualdade com terceiros, terá preferência na aquisição dos bens, caso em que serão adjudicados ao condomínio.

§ 4º *Do preço que for apurado no leilão, serão deduzidas as quantias em débito, todas as despesas ocorridas, inclusive honorário de advogado e anúncios, e mais 5% a título de comissão e 10% de multa compensatória, que reverterão em benefício do condomínio de todos os contratantes, com exceção do faltoso, ao qual será entregue o saldo, se houver.*

§ 5º *Para os fins das medidas estipuladas neste artigo, a Comissão de Representantes ficará investida de mandato irrevogável, isento do imposto do selo, na vigência do contrato geral de construção da obra, com poderes necessários para, em nome do condômino inadimplente, efetuar as citadas transações, podendo para este fim fixar preços, ajustar condições, sub-rogar o arrematante nos direitos e obrigações decorrentes do contrato de construção e da quota de terreno e construção; outorgar as competentes escrituras e contratos, receber preços, dar quitações; imitar o arrematante na posse do imóvel; transmitir domínio, direito e ação; responder pela evicção; receber citação, propor e variar de ações; e também dos poderes ad juditia, a serem substabelecidos a advogado lealmente habilitado.*

§ 6º A morte, falência ou concordata do condomínio ou sua dissolução, se se tratar de sociedade, não revogará o mandato de que trata o parágrafo anterior, o qual poderá ser exercido pela Comissão de Representantes até a conclusão dos pagamentos devidos, ainda que a unidade pertença a menor de idade.

§ 7º Os eventuais débitos fiscais ou para com a Previdência Social, não impedirão a alienação por leilão público. Neste caso, ao condômino somente será entregue o saldo, se houver, desde que prove estar quite com o Fisco e a Previdência Social, devendo a Comissão de Representantes, em caso contrário, consignar judicialmente a importância equivalente aos débitos existentes dando ciência do fato à entidade credora.

§ 8º Independentemente das disposições deste artigo e seus parágrafos, e como penalidades preliminares, poderá o contrato de construção estabelecer a incidência de multas e juros de mora em caso de atraso no depósito de contribuições sem prejuízo do disposto no parágrafo seguinte.

§ 9º O contrato poderá dispor que o valor das prestações pagas com atraso, seja corrigível em função da variação do índice geral de preços mensalmente publicado pelo Conselho Nacional de Economia, que reflita as oscilações do poder aquisitivo da moeda nacional.

§ 10. O membro da Comissão de Representantes que incorrer na falta prevista neste artigo, estará sujeito à perda automática do mandato e deverá ser substituído segundo dispuser o contrato.

Nos termos do citado art. 30 da Lei n. 4.591/1964, os condôminos adquirentes das frações ideais e os proprietários do terreno devem ser considerados os incorporadores do empreendimento imobiliário. Essa é, conforme anteriormente delineada, a situação dos autos.

O mencionado art. 63, por sua vez, prevê a possibilidade de o condomínio alienar em leilão a unidade do adquirente em atraso, visando à recomposição de seu caixa - fruto das contribuições dos próprios condôminos -, permitindo que a obra não sofra solução de continuidade.

Analisando a referida norma, o eminente *Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*, no julgamento do REsp n. 345.677-SP, salienta que: “a Lei n. 4.591/1964, que rege os condomínios e incorporações imobiliárias, prevê esse sistema peculiar de penalização ao adquirente inadimplente com a possibilidade de promoção, pela Comissão de Representantes, de leilão extrajudicial da sua fração ideal do terreno e da parte construída, a fim de evitar solução de continuidade na obra. O motivo da inclusão deste dispositivo na Legislação é a proteção dos interesses dos demais adquirentes, que têm de arcar com todos os custos da construção para não vê-la parada ou em ritmo lento e, assim, acabam como os maiores prejudicados” (Terceira Turma, DJ de 19.12.2003).

A autorização de alienação do imóvel, no entanto, não pode ensejar o enriquecimento sem causa do condomínio, de maneira que o § 4º do art. 63 da Lei n. 4.591/1964 estabelece que do valor arrecadado deverá ser deduzido: (I) o valor do débito; (II) as eventuais despesas indicadas na lei; (III) 5% a título de comissão; (IV) 10% de multa compensatória. E, havendo valor remanescente, deverá ser devolvido ao condômino inadimplente.

A respeito da temática, os ensinamentos de **CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA**, ao interpretar o referido dispositivo legal:

(...) apurado o preço da adjudicação ou adjudicação, deduzir-se-lhe-ão o débito, os honorários de advogado, a percentagem relativa à comissão (5%) e à multa (10%) em benefício do condomínio, bem como despesas, inclusive com publicações. *O remanescente eventual, será então restituído ao adquirente faltoso. Se é justo que não compartilhe ele das vantagens nem da multa e comissão instituída em favor do condomínio, não poderá este, por outro lado, locupletar-se à sua custa, retendo a valorização dos direitos do inadimplente.*

(*Condomínio e Incorporações*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 326, grifo nosso).

Outrossim, a lição de **EVERALDO AUGUSTO CAMBLER**:

Na incorporação contratada pelo regime de administração, também denominada “a preço de custo”, o incorporador promove o empreendimento e administra a sua execução, ficando a cargo da empresa construtora a execução da obra, sendo de responsabilidade dos proprietários ou adquirentes das unidades condominiais o custo integral da obra (art. 58, *caput*). A unidade condominial é oferecida mediante a prévia estimativa de seu valor, pagando o adquirente o preço com o transcurso da obra, arcando com o custo efetivo dos insumos utilizados, *v.g.*, compra de materiais, variação salarial da mão-de-obra, custo de administração da obra etc., como se ele próprio a estivesse executando.

(...)

Na hipótese de eventual inadimplemento de um dos adquirentes, a lei de incorporações prevê um sistema de proteção à massa condominial, de maneira que a execução do empreendimento sofra o menos possível em função do inadimplemento. Esse sistema constitui-se no leilão público e extrajudicial dos direitos à respectiva fração ideal de terreno e à parte construída adicionada, previsto no parágrafo primeiro do art. 63 da LCI, em que encontramos um instrumento rápido e eficaz, fornecido pelo legislador à comissão de representantes, pelo qual é realizada a substituição do condômino faltoso, de modo a não serem prejudicados os demais condôminos, com a ausência de custeio na respectiva quota-parte do condômino que não honrou seus compromissos.

Do preço apurado no leilão, serão deduzidas as quantias em débito, revertendo ao condômino faltoso somente o saldo do que foi apurado, se houver (art. 63, § 4º, da LCI). Dessa maneira, a comissão de representantes preserva a massa condominial do impacto trazido pelo inadimplemento, recebendo da lei a investidura de mandato irrevogável, transmitindo, em nome do condômino inadimplente, domínio, direito e ação (art. 63, § 5º, da LCI). (Responsabilidade Civil na Incorporação Imobiliária. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1997, p. 264-265, grifo nosso).

Desse modo, entende-se que os condôminos inadimplentes fazem jus ao recebimento de eventual saldo, como compensação pelas parcelas por eles efetivamente saldadas até o momento do inadimplemento, na forma do referido art. 63, § 4º, da Lei n. 4.591/1964, ou seja, após deduzidos do preço da alienação de suas cotas de construção e fração ideal do terreno os seguintes valores: (I) do débito; (II) das eventuais despesas; (III) de 5% a título de comissão; (IV) de 10% de multa compensatória. O valor remanescente, deverá ser devolvido ao condômino inadimplente.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso especial, condenando o Condomínio a entregar aos promoventes o saldo decorrente

da adjudicação dos direitos e cotas adjudicados, a ser apurado em liquidação (Súmula n. 344-STJ), na forma do art. 63, § 4º, da Lei n. 4.591/1964.

Em razão da sucumbência recíproca, as custas processuais serão igualmente suportadas pelo condomínio e pelos autores, ficando os honorários advocatícios dos respectivos patronos fixados em 10% sobre o valor da condenação, de acordo com o art. 21 do CPC.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.006.473-PR (2007/0270558-3)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Relator para o acórdão: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Anadir Mainardes da Silva e outro

Advogado: Ivone Pavato Batista

Recorrido: Caixa Econômica Federal - CEF

Advogado: Sérgio Augusto Fagundes e outro(s)

EMENTA

Recurso especial (art. 105, III, **a e c**, da CF). Embargos à execução de sentença. *Astreintes* fixadas a bem dos devedores em ação monitória, para forçar a credora à exclusão de inscrição nos cadastros de proteção ao crédito.

Acórdão local extinguindo a execução, sob o fundamento de pertencer à União o montante resultante da incidência da multa diária, ante o desprestígio provocado ao Estado em decorrência do descumprimento à ordem judicial.

Insurgência dos exequentes.

1. *Discussão voltada a definir o sujeito a quem deve reverter o produto pecuniário alcançado diante da incidência da multa diária: se à parte demandante, se ao próprio Estado, desrespeitado ante a inobservância*

à ordem judicial, ou, ainda, se a ambos, partilhando-se, na última hipótese, o produto financeiro das *astreintes*.

Embora o texto de lei não seja expresso sobre o tema, inexistente lacuna legal no ponto, pertencendo exclusivamente ao autor da ação o crédito decorrente da aplicação do instituto.

A questão deve ser dirimida mediante investigação pertinente à real natureza jurídica da multa pecuniária, prevista no art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, à luz de exegese integrativa e sistemática do ordenamento jurídico.

Assim, desponta *prima facie* a impossibilidade de estabelecer titularidade Estatal, de modo total ou parcial, sobre o valor alcançado pelas *astreintes*, porquanto interpretação em tal sentido choca-se inevitavelmente com os princípios da legalidade em sentido estrito e da reserva legal (art. 5º, *caput*, da CF), segundo os quais toda e qualquer penalidade, de caráter público sancionatório, deve conter um patamar máximo, a delimitar a discricionariedade da autoridade que a imporá em detrimento do particular infrator.

Quando o ordenamento processual quer destinar ao Estado o produto de uma sanção, assim o faz expressamente, estabelecendo parâmetros para sua aplicação, como bem se depreende do disposto no art. 14 do CPC.

Tais exigências não se satisfazem face ao teor do atual texto do art. 461, §§ 4 e 5º do CPC, justo que as normas hoje vigentes apenas conferem a possibilidade de fixação da multa pecuniária, sem dispor taxativamente sobre tetos máximo e mínimo de sua incidência, o que ocorre exatamente para permitir ao magistrado atuar de acordo com o vulto da obrigação subjacente em discussão na demanda, e sempre a benefício do autor.

Extrai-se do corpo normativo em vigor um caráter eminentemente privado da multa sob enfoque, instituto que, portanto, reclama estudo, definição e delimitação não somente a partir de sua função endoprocessual, na qual desponta um caráter assecuratório ao cumprimento das ordens judiciais, mas também, e sobretudo, sob o ângulo de sua finalidade instrumental atrelada ao próprio direito material vindicado na demanda jurisdicionalizada.

2. *Considerações acerca da tutela material específica da mora:* o ordenamento jurídico brasileiro, desde o regramento inaugurado no Código Civil de 1916, no que foi substancialmente seguido pelo texto do Diploma Civil de 2002, somente contempla disciplina genérica e eficaz quando se cuida da repreensão da mora verificada no cumprimento de obrigações ao pagamento de quantia certa. Para estas, além da natural faculdade de as partes, no âmbito da autonomia da vontade, estabelecerem penalidades convencionais (multa moratória), o ordenamento material civil fixou sanções legais pré-determinadas, com a potencialidade de incidir até mesmo sem pedido do credor para a hipótese de retardamento injustificado (juros moratórios).

Vislumbra-se, portanto, no sistema pertinente às obrigações de pagar, normas jurídicas perfeitas, com preceitos primário e secundário, haja vista restar estabelecido um mandamento claro direcionado ao devedor, no sentido de que deve efetuar o adimplemento no prazo, sob pena da incidência de uma sanção material em caso de persistência no estado de mora.

Idêntica tutela mostrava-se inexistente no tocante às obrigações de fazer e não fazer, pois, para elas, o sistema legal apenas permitia a conversão da obrigação em perdas e danos, deixando de contemplar instrumentos específicos de tutela material voltados a sancionar o devedor em mora.

Justamente para conferir eficácia aos preceitos de direito obrigacional, que determinam ao devedor o cumprimento da obrigação, o legislador contemplou nova redação ao art. 461 do CPC.

No dispositivo mencionado, aglutinaram-se medidas suficientes a servir como tutela material da mora (multa pecuniária), além de outras, nitidamente de cunho processual, que buscam servir e garantir o pronto adimplemento da obrigação (busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, cessação de atividades etc).

Nesse contexto, a tutela material da mora pertinente às obrigações de fazer e não fazer, tímida e insipidamente tratada no Código Civil, ganha força e autoridade a partir da disciplina fixada no Código de Processo Civil, dada a possibilidade de o magistrado agir, inclusive *ex officio*, cominando uma multa, uma sanção, para a hipótese de o devedor manter-se injustificadamente no estado de letargia.

3. *Definição das funções atribuídas à multa pecuniária prevista no art. 461, §§ 4º e 5º do CPC*: entendida a razão histórica e o motivo de ser das *astreintes* perante o ordenamento jurídico brasileiro, pode-se concluir que o instituto possui o objetivo de atuar em vários sentidos, os quais assim se decompõem: *a)* ressarcir o credor, autor da demanda, pelo tempo em que se encontra privado do bem da vida; *b)* coagir, indiretamente, o devedor a cumprir a prestação que a ele incumbe, punindo-o em caso de manter-se na inércia; *c)* servir como incremento às ordens judiciais que reconhecem a mora do réu e determinam o adimplemento da obrigação, seja ao final do processo (sentença), seja durante o seu transcurso (tutela antecipatória).

Assim, vislumbrada uma função também de direito material a ser exercida pela multa pecuniária do art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, queda indubitosa a titularidade do credor prejudicado pela mora sobre o produto resultante da aplicação da penalidade.

Ainda no ponto, cumpre firmar outras importantes premissas, principalmente a de que a multa pecuniária tem campo natural de incidência no estado de mora *debetoris*, ou seja, enquanto ainda há interesse do credor no cumprimento da obrigação, descartando-se sua aplicabilidade nas hipóteses de inadimplemento absoluto.

Por não gerar efeitos com repercussão no mundo dos fatos, mas apenas ressarcitórios e intimidatórios, a multa deve guardar feição de *ultima ratio*, cabendo ao magistrado, no momento de aferir a medida mais adequada para garantir o adimplemento da obrigação de fazer ou não fazer, ter sempre em mira que o próprio sistema de tutela específica previsto no art. 461 do CPC confere a possibilidade da adoção de providências muito mais eficazes, que significam a pronta satisfação do direito do demandante.

4. *Enfrentamento do caso concreto*: reforma do aresto estadual, no que extinguiu a demanda de execução, determinando-se a retomada da marcha processual.

Redução, todavia, da multa diária, fixada no curso da fase de conhecimento de ação monitória, para forçar a própria credora, autora da ação, a proceder à retirada do nome dos devedores perante os cadastros de proteção ao crédito.

Manifesto descabimento do arbitramento da multa a benefício dos réus da ação, justo que os instrumentos de tutela específica do art. 461 do CPC servem para satisfação do direito material reclamado na lide, pressupondo que o respectivo beneficiário ocupe posição de demandante, seja por meio de ação, reconvenção ou pedido contraposto. Ponto imutável da decisão, entretanto, frente à inexistência de impugnação oportuna pela parte prejudicada.

Circunstâncias que, examinadas sob os aspectos processual e sobretudo material da multa pecuniária, recomendam substancial diminuição do valor reclamado na execução de sentença.

Providência cabível, mesmo após o trânsito em julgado da sentença, à luz do disposto no art. 461, § 6º, do CPC. Precedentes da Corte.

5. Recurso especial conhecido e provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi, dando parcial provimento ao recurso especial, mas com fundamentação diversa, divergindo em parte do relator, e o voto do Ministro Raul Araujo, acompanhando a divergência, e o voto da Ministra Maria Isabel Gallotti, no mesmo sentido, a Quarta Turma, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial, para reduzir a multa, sem a partilha proposta, nos termos do voto divergente do Ministro Marco Buzzi. Vencido, em parte, o Relator, Ministro Luis Felipe Salomão. Lavrará o acórdão o Ministro Marco Buzzi. Votou vencido o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Votaram com o Sr. Ministro Marco Buzzi os Srs. Ministros Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti.

Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Brasília (DF), 8 de maio de 2012 (data do julgamento).

Ministro Marco Buzzi, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Caixa Econômica Federal - CEF opôs embargos à execução ajuizada por Arlindo da Silva e Anadir Mainardes da Silva. No processo executório, os ora recorrentes visavam satisfação de crédito oriundo de multa cominatória periódica - *astreintes* -, aplicada por ocasião da sentença de improcedência de ação monitória anteriormente ajuizada pela CEF, onde também ordenara a retirada dos nomes dos exequentes dos cadastros restritivos de crédito.

O Juízo Federal da 5ª Vara de Curitiba-PR, na ação monitória que visava ao recebimento de R\$ 289,22 (duzentos e oitenta e nove reais e vinte e dois centavos), julgou improcedente o pedido deduzido pela CEF, reconhecendo o anterior pagamento realizado pelos réus, determinando à autora (CEF) que “no prazo de 10 (dez) dias, retir[asse] o nome dos embargantes dos cadastros restritivos de crédito (SPC, Serasa, etc.), no que se refere aos débitos da Conta n. 0375.001.25788-3, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por dia de atraso no cumprimento deste comando judicial” (fls. 16-18).

Na execução das *astreintes*, cujo valor pretendido alcançava a cifra de R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais), o mesmo Juízo Federal acolheu os embargos à execução opostos pela CEF e extinguiu a execução por ilegitimidade ativa, sustentando o magistrado de piso que a titularidade para a execução da multa seria do Estado - no caso a União -, e não da parte beneficiada pela ordem judicial da qual era oriunda a cominação (fls. 71-89).

Em grau de apelação, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve a extinção do feito nos termos da seguinte ementa:

Processual Civil. Embargos à execução. *Astreintes*. Legitimidade ativa.

A multa prevista no art. 461 do CPC é destinada à União por constituir mecanismo coercitivo de garantia à prestação jurisdicional, desprovido de natureza indenizatória, o que se dá mediante a conversão em perdas e danos.

Sucumbência mantida, fixada na esteira dos precedentes da Turma.

Prequestionamento quanto à legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir.

Apelação improvida. (fl. 169).

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls. 190-193).

Sobreveio recurso especial apoiado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, no qual os recorrentes manifestam, além de dissídio

jurisprudencial, ofensa aos arts. 21, 128, 459 e 461, parágrafos, todos do Código de Processo Civil.

Sustentam os recorrentes que a questão da legitimidade/titularidade do direito de executar a multa cominatória não foi levantada pelo devedor, não podendo o juiz decidir com base em matéria não suscitada pelas partes.

Alegam, ainda, que as *astreintes* são devidas à parte litigante e não ao Estado, devendo assim a execução prosseguir seu curso.

Contra-arrazoado (fls. 218-222), o especial foi admitido (fls. 225-226).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Ideia de efetividade processual defendida desde Chiovenda, para quem o processo - e, por consequência, o próprio Judiciário - somente realiza a função institucional que lhe toca se assegurar ao jurisdicionado “tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de conseguir”, é preocupação ainda constante, sobretudo em uma sociedade de massa, como a que vivemos.

Decerto, a exatidão entre o direito material positivo e o bem jurídico entregue pelo processo é mais facilmente atingida quando a composição dos conflitos não depende (ou depende pouco) do devedor vencido, como ocorre nos casos em que a execução se realiza por expropriação patrimonial ou desapossamento.

Ao contrário, quanto mais a satisfação do direito perseguido pelo autor depender do comportamento do devedor, como o que ocorre essencialmente nas obrigações de não fazer e nas obrigações de fazer infungíveis, tanto mais penosa se mostrará a obtenção da fórmula pregada por Chiovenda.

Isso porque, para tal desiderato - o de compelir o devedor a realizar obrigação de fazer ou de não realizar determinado comportamento -, o sistema processual civil lança mão de medidas de apoio, de caráter meramente persuasório e instrumental, porquanto de há muito se abandonaram as penas corporais.

No Código de Processo de 1939, havia a previsão da chamada “ação cominatória para a prestação de fato ou abstenção de ato” (arts. 302-310), destinada a disciplinar um leque de pretensões, desde a do “fiador, para exigir

que o afiançado satisfaça a obrigação ou o exonere da fiança” à do “locador, para que o locatário consinta nas reparações urgentes de que necessite o prédio”.

Aponta Dinamarco que era da tradição jurídico-processual brasileira a opção pela conversão pecuniária das obrigações *in natura*, consubstanciadas em um “fazer” ou em um “não fazer”, prática aceita antes com “muita docilidade”.

“Tal era um corriqueiro expediente de *meia-justiça*” - salienta Dinamarco - “que durante muito tempo satisfez o espírito dos juristas menos preocupados com a efetiva aptidão do sistema processual a proporcionar tutelas jurisdicionais completas e exaurientes” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno. Tomo I.* 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 447).

Porém, a força das tendências metodológicas modernas apontaram para a excepcionalidade da solução pecuniária, sempre que fosse possível a execução específica da obrigação de fazer/não fazer.

Nessa linha, de forma mais genérica e afinada com a exigência de efetividade da prestação jurisdicional, para cuja realização, como dito, o jurisdicionado deve receber exatamente aquilo a que tem direito, o Código Buzaid, primeiramente no art. 287, e mais recentemente diante da redação conferida ao art. 461, pela Lei n. 8.952/1994, fez clara opção pela chamada “tutela específica”, notadamente na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ficando em segundo plano a solução pecuniária.

Nesse passo, para consecução da “tutela específica”, entendida essa como “a maior *coincidência* possível entre o *resultado* da tutela jurisdicional pedida e o cumprimento da obrigação”, poderá o juiz determinar as medidas de apoio a que faz menção, de forma exemplificativa, o art. 461, §§ 4º e 5º, dentre as quais se destacam as denominadas *astreintes*, como forma coercitiva de convencimento do obrigado a cumprir a ordem que lhe é imposta (SCARPINELLA. in. *Código de processo civil interpretado.* 3 ed. Antônio Carlos Marcato (Coord.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 1.463).

Dinamarco bem elucida o propósito do art. 461 do CPC, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n. 8.952/1994:

A idéia é esta: empregar todos os meios legítimos, mesmo a força quando necessário, para proporcionar ao credor de *um fazer* ou de um *não-fazer* precisamente o mesmo resultado útil que o adimplemento da obrigação lhe teria proporcionado. Nada de impor meras compensações em dinheiro. (*Op. cit.* p. 451).

Nesse passo, a multa cominatória prevista no art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC *não* se revela como mais um bem jurídico em si mesmo perseguido pelo autor, ao lado da tutela específica a que faz jus.

Revela-se sim como valioso instrumento - acessório e adjuvante da tutela perseguida - para a consecução do único bem jurídico a que eventualmente tem direito o autor, isto é, exatamente aquele desejado pelo direito material, cuja violação ensejou a pretensão deduzida em juízo.

3. Não obstante a importância da multa cominatória para a realização da tutela específica pela qual optou o atual sistema processual, o tema não foi objeto de adequada disciplina legislativa, tendo sido sistematizado - quase que exclusivamente -, e ainda assim de forma empírica e tópica, pela jurisprudência e doutrina.

Como bem noticia Guilherme Rizzo Amaral, os arts. 287 e 461, §§ 2º a 6º, do Código de Processo Civil, não respondem, ao menos de forma clara e expressa, às seguintes indagações:

- qual é o termo *a quo* da incidência das *astreintes*?
- quando pode a multa ser executada?
- pode haver execução *provisória* da multa?
- pode haver execução *parcial* da multa?
- há limites em relação ao *quantum* que pode alcançar a incidência da multa?
- quem é o destinatário do crédito resultante da incidência das *astreintes*?
- somente o réu pode ser sujeito passivo da multa ou pode o autor ou terceiros sujeitarem-se, também, à sua incidência?
- julgada improcedente a demanda, deve o autor restituir os valores recebidos a título de incidência da multa fixada em antecipação da tutela recursal? E na hipótese de reforma da própria decisão que fixou a multa?
- pode a multa periódica ser aplicada para o cumprimento de obrigações de pagar quantia? (AMARAL. Guilherme Rizzo. *As astreintes e o novo Código de Processo Civil*. in. Revista de Processo. vol. 182, p. 181, Abril/2010).

A algumas dessas indagações, dispostas apenas a título de exemplos, a jurisprudência tem dado as respostas:

a) o termo inicial da contagem da multa é a intimação pessoal do devedor para cumprir a ordem, *ex vi* da Súmula n. 410-STJ: “A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”;

b) quanto à possibilidade de execução da multa antes do trânsito em julgado, há precedente a permitir tal providência: “É desnecessário o trânsito em julgado da sentença para que seja executada a multa por descumprimento fixada em antecipação de tutela” (AgRg no REsp n. 1.094.296-RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 3.3.2011, DJe 11.3.2011);

c) as *astrentes* sujeitam-se a exigibilidade *secundum eventum litis*, de modo que a reforma da decisão que a concedeu ou a prolação de sentença em sentido contrário torna sem efeito a multa aplicada (REsp n. 1.016.375-RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 8.2.2011, DJe 21.2.2011);

d) a decisão que fixa *astreintes* não faz coisa julgada material, de modo ser possível a revisão dos valores, assim também a limitação da multa, a qualquer momento, mesmo na execução (AgRg no Ag n. 1.095.408-RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 16.8.2011, DJe 24.8.2011);

e) a multa cominatória não pode ser aplicada para a obtenção de uma obrigação de pagar quantia (REsp n. 371.004-RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 7.3.2006, DJ 6.4.2006, p. 254).

Porém, outras questões continuam em aberto, sem uma abordagem profunda, como é exatamente o caso da titularidade do crédito, à vista da omissão legal acerca do tema.

Para melhor compreensão da assertiva, transcreve-se a redação atual do art. 461 do Código de Processo Civil:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994).

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. (Incluído pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994).

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). (Incluído pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994).

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. (Incluído pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994).

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (Redação dada pela Lei n. 10.444, de 7.5.2002).

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. (Incluído pela Lei n. 10.444, de 7.5.2002).

É de se notar que os valores a serem ponderados pelo magistrado, por ocasião do arbitramento da multa, são essencialmente dois: *a)* efetividade da tutela prestada - para cuja realização as *astreintes* devem ser suficientemente persuasivas -, e *b)* vedação ao enriquecimento sem causa do beneficiário, porquanto a multa, como dito alhures, não é em si um bem jurídico perseguido em juízo.

Porém, mercê da lacunosa legislação acerca das *astreintes*, a jurisprudência, em não raras vezes, tem chegado a soluções que, em alguma medida, desvirtuam o propósito desse benfazejo instrumento processual.

É que na aplicação do direito na prática forense, ora sobressai o valor “efetividade da tutela judicial”, ora sobressai a “vedação ao enriquecimento sem causa”.

De modo a se obter o aperfeiçoamento do primeiro valor (efetividade) no caso concreto, por vezes o devedor recalcitrante é obrigado a pagar multa em patamar que supera em muito o interesse econômico principal perseguido em juízo. Por outro lado, para a adequação do segundo valor (vedação ao enriquecimento sem causa), frequentemente a multa é reduzida consideravelmente, muito embora na contramão da conduta inerte do devedor, que não cumpriu a decisão e ainda assim consegue suavizar a reprimenda que lhe foi outrora imposta.

Parece ser essa a dualidade para qual pendem as Turmas de Direito Privado do STJ.

A Quarta Turma, em obséquio ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, costuma reduzir o valor das *astreintes* a patamares mais módicos do

que os geralmente praticados no âmbito da Terceira Turma, à vista da predileção desta última à exacerbação da multa cominatória.

Apenas a título de exemplo, cito os seguintes precedentes da Quarta Turma que demonstram a tendência do Colegiado a reduzir o valor das *astreintes* com a finalidade de evitar o enriquecimento sem causa de uma das partes: AgRg no Ag n. 1.133.970-SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 2.12.2010, DJe 9.12.2010 AgRg no REsp n. 1.138.150-PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 9.8.2011, DJe 22.8.2011.

Também a título de exemplo, cito os seguintes precedentes da Terceira Turma que sugerem inclinação diversa daquele Colegiado: REsp n. 1.185.260-GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 7.10.2010, DJe 11.11.2010; REsp n. 1.192.197-SC, Rel. Ministro Massami Uyeda, Rel. p/ acórdão Ministra Nancy Andrighi, pendente de publicação.

Neste último precedente citado, acolheu-se a tese segundo a qual “se o único obstáculo ao cumprimento de determinação judicial para a qual havia incidência de multa diária foi o descaso do devedor, não é possível reduzi-la, pois as *astreintes* têm por objetivo, justamente, forçar o devedor renitente a cumprir sua obrigação”. O entendimento deu lastro à manutenção de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 acumulada no decorrer de 249 dias de descumprimento, montante que acrescido dos consectários legais atingia cifra superior a R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais). A multa foi aplicada a contrapartida de descumprimento de ordem judicial consistente na exclusão do nome de consumidor de cadastros de inadimplentes (Informativo STJ n. 490).

Nesse cenário, é bem de ver que, por um lado, a exacerbação dos valores da multa cominatória - embora possa contribuir para a efetividade processual -, fomenta de modo evidente o nascimento de uma nova disfunção processual: sobretudo no direito privado, ombreando a chamada “indústria do dano moral”, vislumbra-se com clareza uma nova “indústria das *astreintes*”, por intermédio da qual a obrigação principal perseguida em juízo cede espaço, em obséquio ao montante pecuniário que poderá ser futuramente executado, tudo ao abrigo da inércia do devedor - que não cumpre a decisão e, amiúde, dela nem recorre - e da inércia também do credor - que permanece na silenciosa e confortável posição de espera, aguardando meses, quiçá anos, para que o montante atinja cifras mais atrativas.

Por outro lado, a consciência do devedor acerca da corriqueira redução da multa cominatória pelo Poder Judiciário, quase sempre na duodécima hora,

impede a efetivação do propósito intimidatório das *astreintes*, pois não se cria no obrigado nenhum receio quanto a substanciais consequências patrimoniais decorrentes do não acatamento da decisão. Por esse viés, o realce da diretriz legal que veda o enriquecimento sem causa acaba também por erodir o traço coercitivo das *astreintes*, com grave comprometimento para a efetividade do processo.

Com efeito, a toda evidência, a prática forense acerca da fixação e execução das *astreintes* não tem oferecido soluções infensas a críticas.

Daí por que Guilherme Rizzo Amaral, na esteira das conclusões extraídas de Eduardo Talamini e Marcelo Lima Guerra, afirma que o sistema atual, aceito pelas práticas forenses, sobretudo no que concerne à destinação da multa cominatória exclusivamente ao autor, “é incapaz de superar a contradição antes referida, entre os princípios da efetividade dos provimentos jurisdicionais e da proibição de enriquecimento ilícito”, reconhecendo aquele processualista não haver fórmula perfeita “visto que, retirando seu crédito do autor, se lhe retira a eficácia, e deixando-o com o autor, permite-se em determinados casos o enriquecimento injusto” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 239-243).

4. Em razão disso, parece oportuno novas reflexões acerca desse importante instrumento de efetivação da tutela judicial, sobretudo no que diz respeito à titularidade do direito à percepção da multa cominatória, bem como sua natureza, os interesses a ela subjacentes e a sistemática adotada em direito comparado.

De fato, a previsão de multa cominatória imposta como meio persuasório de cumprimento de decisão judicial encontra paralelos em diversos ordenamentos jurídicos, com razoável identificação com a prática processual brasileira.

4.1. As *astreintes francesas*, com as quais a multa periódica brasileira (art. 461, § 4º, CPC) guarda similitude, nasceu como superação de dogmas insculpados sobretudo pelo Código Napoleão (art. 1.142). Suavizou-se a ideia de que toda obrigação de fazer ou de não fazer resolver-se-ia em perdas e danos, uma vez que ninguém poderia ser obrigado a prestar fato pessoal, diretriz plasmada no aforismo *nemo ad factum cogi potest*, na linha da consciência social da época e do movimento político de libertação da pessoa humana das relações servis - que culminou na Revolução Francesa.

Exatamente para sanar a lacuna existente no direito francês, quanto à satisfação de obrigações de fazer/não fazer, é que as *astreintes* surgiram, no início

do século XIX, como *criação pretoriana* de caráter coercitivo e independente de eventual indenização dos prejuízos decorrentes da inexecução da obrigação reconhecida judicialmente (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 110).

A disciplina legal no direito francês, todavia, somente veio a lume em 1972, e melhorada em 1991, com o acolhimento das construções jurisprudenciais desde antes praticadas. Reconheceu-se a típica função coercitiva das *astreintes*, mas, como noticiado por Marcelo Lima Guerra, “persistindo o devedor no inadimplemento, a *astreinte*, ao incidir concretamente, tem a natureza de uma **pena privada**, uma vez que a quantia devida em razão de sua decretação é entregue ao credor” (*Op. cit.* p. 115).

Nessa linha, disserta Guerra:

A doutrina francesa reconhece como o “caráter patrimonial da *astreinte*” aquele importante aspecto do instituto segundo o qual a quantia arrecadada com a aplicação da medida *reverte em favor do próprio credor da obrigação reconhecida na condenação principal*, à garantia da qual se concede tal medida coercitiva. Essa sua característica reflete a natureza de *pena privada* da *astreinte* e representa um dos seus aspectos mais controvertidos e criticados.

É que, tendo a *astreinte* por fundamento último, como se reconhece pacificamente em doutrina e jurisprudência francesas, a preservação da autoridade das decisões judiciais, não parece coerente que a quantia a ser paga em virtude da aplicação da medida reverta em benefício do credor, o que parece ainda mais sem justificativa quando se considera que a *astreinte* é distinta da indenização dos prejuízos resultantes da inexecução, podendo cumular-se com eles.

“Sem negligenciar os interesses perfeitamente respeitáveis dos credores, não é um sacrilégio acrescentar que esse sistema é satisfatório apenas na aparência”, afirma Perrot, referindo-se à opção do legislador pela natureza de pena privada conferida à *astreinte*. E acrescenta o mestre francês: “Além de que a equidade nem sempre encontra expressão correta, se se considera que o atraso da execução já tem sua reparação nos juros moratórios (...), é mesmo surpreendente que uma ofensa feita ao juiz se traduza em um prêmio oferecido ao credor. Para justificar a *astreinte* se proclama abertamente (e tem-se mil razões) que a autoridade do juiz não pode ser rebaixada. Mas o pobre juiz não pode se fazer respeitar a não ser engordando a bolsa de uma das partes!” (GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.* p. 122-123).

4.2. O *direito tedesco*, à sua vez, também utiliza-se de meios coercitivos para compelir o devedor a cumprir obrigações de fazer infungíveis, meios esses

destinados, à semelhança das *astreintes* francesas, a exercer pressão psicológica sobre a vontade do obrigado induzindo-o a realizar por si a prestação devida.

No direito alemão, das medidas coercitivas destinadas à execução indireta, extraem-se com destaque a *Zwangshaft* (prisão do devedor) e a *Zwangsgeld* (pena pecuniária).

A *Zwangsgeld* se aproxima das *astreintes* francesas, na medida em que possui caráter eminentemente coercitiva, é arbitrada pelo magistrado à luz do caso concreto, perdura enquanto persistir o inadimplemento e independe da reparação dos danos concretamente experimentados pelo credor.

Distancia-se, porém, do instituto francês, à vista de que *possui um teto fixado em lei*, do qual não pode ultrapassar o montante resultante da incidência da multa e, principalmente, porque esse valor *é sempre destinado ao Estado e não ao credor*.

Este último característico revela que a *Zwangsgeld* ostenta caráter público e o interesse por ela protegido é o da dignidade da justiça e sua correta e efetiva administração (AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 43-44).

4.3. Em alguma medida - mas, definitivamente, sem pretensão de equiparação dos institutos -, assemelha-se à *astreinte* francesa e à *Zwangsgeld* alemã, uma das vertentes do *contempt of court* do direito anglo-americano, o chamado *contempt of court indireto civil*.

Nessa linha, o reconhecimento do “escárnio à Corte” pode render ensejo a multa de caráter coercitivo, consistente em quantia determinada a incidir cada vez que a parte viola a ordem judicial, ou por cada dia em que persistir o não cumprimento (GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.* p. 100).

Sobre o instituto anglo-americano, Guilherme Rizzo afirma que o *civil contempt* pode ser reparatório (*remedial*) - destinado a compor os danos causados ao autor -, e coercitivo (*coercive*), destinado a pressionar o réu renitente a cumprir a determinação judicial. Nesse último caso, além da prisão civil, a reprimenda pode consistir em multa diária (*per diem fine*), hipótese em que *o valor é revertido para o Estado* (AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 38).

4.4. Particular sistemática é verificada no *direito português*, que prevê a chamada “sanção pecuniária compensatória”, *à razão de 50% para o Estado e 50% para o credor*.

O art. 829-A do Código Civil Português possui redação seguinte:

Artigo 829º-A (Sanção pecuniária compulsória)

1. Nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o Tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso.

2. A sanção pecuniária compulsória prevista no número anterior será fixada segundo critérios de razoabilidade, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar.

3. O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em partes iguais, ao credor e ao Estado.

4. Quando for estipulado ou judicialmente determinado qualquer pagamento em dinheiro corrente, são automaticamente devidos juros à taxa de 5% ao ano, desde a data em que a sentença de condenação transitar em julgado, os quais acrescerão aos juros de mora, se estes forem também devidos, ou à indemnização a que houver lugar.

A destinação parcial da multa ao Estado e ao credor denota a opção do legislador luso de reconhecer que a chamada “sanção pecuniária compensatória”, a par da natureza coercitiva, resguarda, a um só tempo, os interesses do credor na solução do litígio e os do Estado na preservação de sua autoridade (SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 445).

5. *O direito brasileiro*, finalmente – e como manifestado alhures – optou por uma disciplina lacunosa acerca da multa cominatória para o caso de descumprimento de decisão judicial.

Os arts. 461 e 461-A e o obsoleto art. 287 - que de tão genérico caiu em desuso diante da previsão de concessão da tutela específica prevista nos preceitos legais anteriormente citados (SCARPINELLA. in. *Código de processo civil interpretado*. 3 ed. Antônio Carlos Marcato (Coord.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 939-940) -, regulam a matéria no âmbito do código processual brasileiro.

Os mencionados artigos não desatam de forma clara e inequívoca muitas das principais polêmicas acerca das *astreintes*, como, por exemplo, no que interessa para o caso concreto, o titular do crédito.

É bem verdade, ainda que *en passant* e sem enfrentar a tese de maneira aprofundada, há precedente afirmando que a multa do art. 461 do CPC reverte

para o credor e não para o Estado (REsp n. 770.753-RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 27.2.2007, DJ 15.3.2007, p. 267).

É que, no mais das vezes, a controvérsia aporta nesta Corte com outros contornos, sobretudo focada no valor atingido pela aplicação da multa periódica, ou na possibilidade de redução, ou nas exigências para sua incidência.

A doutrina, por outro lado, majoritariamente adota posição de que as *astreintes* constituem crédito exclusivo do beneficiário da decisão.

Nesse sentido, apenas para citar alguns, é a posição de Cássio Scarpinella Bueno (*Curso sistematizado de direito processual civil. Vol. 3.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 464), Guilherme Rizzo Amaral (*As astreintes e o processo civil brasileiro.* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010), Marcelo Abelha Rodrigues (*Manual de direito processual civil.* 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008) e Joaquim Felipe Spadoni (*Ação inibitória.* 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007).

No mais das vezes, observada sempre a devida vênua, mesmo a doutrina especializada aceita essa orientação sem grandes justificações.

Luiz Guilherme Marinoni conclui que as *astreintes* são devidas ao autor em razão da fórmula utilizada pelo art. 461, § 2º, cumulativa da multa e da indenização por perdas e danos (*Tutela inibitória: individual e coletiva.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 178).

Em sentido diverso, Barbosa Moreira, ainda antes da reforma que alterou o art. 461 do CPC, teceu comentários aos arts. 644 e 645 do CPC - que sempre previram multa semelhante no processo de execução de obrigação de fazer/não fazer. Apenas de passagem o renomado processualista referendou a razoabilidade de destinação da multa ao Estado, *verbis*:

[...] por outro lado, já que ela [a multa] não tem caráter ressarcitório, mas visa a assegurar a eficácia prática da condenação, constante de ato judicial, não parece razoável que o produto da aplicação seja entregue ao credor, em vez de ser recolhido aos cofres públicos (BARBOSA MOREIRA, J. C. *Temas de direito processual.* 5ª série. São Paulo, Saraiva, 1994. p. 14).

Embora haja diversos trabalhos dedicados ao tema, o fato é que a destinação das *astreintes* simples e exclusivamente para o autor é fruto de hábito inveterado, aceito confortável e passivamente pela doutrina e jurisprudência, à sombra de claríssima omissão legislativa, ou, como adverte Marcelo Lima Guerra, é orientação “aceita de modo singelo e sem questionamento, *como se não existisse uma lacuna* do Código de Processo Civil sobre o assunto” (*Op. cit.* P. 205).

Eduardo Talamini supõe que tal orientação:

[...] tenha prevalecido por direta influência do direito francês e do “Projeto Carnelutti” (arts. 667 e 668) de reforma do processo civil italiano [...]. Por certo, também contribuíram para tanto os antecedentes luso-brasileiros da multa – a “pena” do título 70 do livro IV das Ordenações Filipinas e a “cominação pecuniária” do art. 1.005 do Código de 1939, cuja natureza indenizatória ou coercitiva era controvertida (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 257).

Essa forma simplista de recepção de solução idêntica à francesa pelo direito brasileiro negligencia diversos fatores importantes, inclusive as críticas formuladas pela doutrina francesa quanto a esse aspecto de suas *astreintes*, que culminaram, inclusive, em disposição de lei apresentada por Foyer e Mazeaud, que determinava a repartição do produto obtido a título de multa “metade ao Tesouro Público e metade à parte que obteve a condenação não cumprida”.

Por outro lado, ao contrário do que ocorre no direito brasileiro, lacunoso que é quanto ao tema, há no direito francês norma expressa de destinação do valor da *astreinte* ao particular.

5.1. Neste ponto, para a determinação quanto à titularidade das *astreintes*, afasta-se de logo a incidência do art. 35 do Código de Processo Civil, segundo o qual “as sacões impostas às partes em consequência de *má-fé* serão contadas como custas e reverterão em benefício da parte contrária”.

Por ser autoexplicativa a expressão, é ocioso reforçar que as “sanções” por *má-fé* possuem claramente caráter punitivo, diferentemente da multa cominatória por descumprimento de decisão judicial.

A incidência das *astreintes* ocorre de forma objetiva, sem perquirições acerca do *animus* da parte para o não acatamento da decisão. Decorre do simples escoar do tempo, independentemente de *má-fé*. Incidem mesmo que o destinatário da decisão possua fortes e ponderáveis razões para acreditar que seu direito é melhor do que o do beneficiário da decisão.

É bem de ver que as *astreintes* ostentam exigibilidade *secundum eventum litis*, vale dizer, caso a decisão seja reformada com sentença de mérito contrária, por exemplo, a multa deixa de existir (REsp n. 1.016.375-RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 8.2.2011, DJe 21.2.2011).

Coisa bem diferente é o que ocorre com as multas por litigância de *má-fé*, as quais atingem autor ou réu, o vitorioso ou o vencido, quem tem ou quem

não tem o direito discutido em juízo. Basta a verificação de conduta processual ímproba.

Nessa linha, transcrevo as lições de Sérgio Cruz Arenhart:

Há quem pretenda ver a sustentação legal, para concluir que a multa deve reverter em benefício do autor, o disposto no art. 35 do CPC, que estabelece que “as sanções impostas às partes em consequência da má-fé serão contadas como custas e reverterão em benefício da parte contrária; as impostas aos serventuários pertencerão ao Estado”. Esse entendimento, porém, não merece aceitação, especialmente porque a multa cominatória (tratada no art. 84, § 4º, do CDC, e no art. 461, § 4º, do CPC) não tem caráter punitivo direto como a sanção à litigância de má-fé (art. 18 do CPC), e sim coercitivo, visando apenas a ameaçar o requerido de um mal, para que este se comporte conforme determinado judicialmente. Na transgressão do comando judicial (mandamental ou executivo) não há litigância de má-fé, nos moldes trazidos pelo art. 17 do CPC; há ato de desobediência civil que merece ser punido pela via adequada, criminal, administrativa ou civil (*Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 375).

5.2. Nem se alegue, outrossim, que o próprio art. 461, § 2º, CPC, oferece a solução ao afirmar que “a indenização por perdas e danos”, cujo destinatário é a parte, “dar-se-á sem prejuízo da multa”, construção a sugerir ao leitor mais apressado que a cumulação terá também o mesmo destinatário.

Ora, a proposição apenas corrobora que a multa não possui natureza indenizatória e, por isso mesmo, sua aplicação pode ocorrer de forma cumulada com a indenização, nada revelando sobre o titular do direito.

5.3. Afastando-se a incidência dos dispositivos mencionados como forma analógica de justificação do destinatário das *astreintes*, não parece fecundo ao desate da controvérsia a tentativa de buscar extrair a titularidade do direito à multa pura e simplesmente de sua natureza jurídica.

Com efeito, a indagação sobre se as *astreintes* possuem natureza coercitiva ou punitiva não conduzem necessariamente a uma conclusão lógica acerca de sua titularidade.

Basta mencionar que o parágrafo único do art. 14 do CPC prevê multa por “ato atentatório ao exercício da jurisdição”, de nítido caráter punitivo, tal como a multa prevista no art. 601, destinada a sancionar ato “atentatório à dignidade da justiça” (art. 600), mas cada uma das reprimendas possui beneficiários distintos: na primeira, “a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do

Estado”, ao passo que, na segunda, o montante acrescido ao valor da execução “reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução”.

Por outro lado – e principalmente –, o estudo acerca da natureza jurídica das *astreintes* deve levar em conta, a um só tempo, o momento em que a multa é aplicada pelo magistrado e o momento em que esta se converte em crédito apto a ser exigido.

É que, diante da feição coercitiva da multa em questão, para sua aplicação, o magistrado é movido por desígnios de ordem dissuasória e intimidatória, no intuito de que as *astreintes* se mostrem capazes de compelir o devedor a cumprir a decisão que lhe é imposta, ciente este de que a incidência periódica da multa lhe causará dano maior. O propósito final é, portanto, o de que a multa nem incida concretamente.

Coisa diversa ocorre quando a multa outrora aplicada converte-se em crédito, cujo montante deve ser pago pela parte renitente, depois de descumprida a ordem judicial, momento em que se levará em conta o tempo em que a decisão não foi acatada.

Em outras palavras, se na fixação das *astreintes* o magistrado tem em vista um tempo futuro – o qual se pretende não transcorra sem o cumprimento da decisão –, por ocasião da exigência das *astreintes*, depois de a multa ter incidido concretamente, tem-se em vista um tempo pretérito, já escoado *in albis*, sem que o obrigado tivesse acatado o comando que lhe fora dirigido ou que o tivesse acatado tardiamente.

Ou seja, se na fixação da multa pelo magistrado, com o olhar para o futuro, tem ela nítido caráter coercitivo, por ocasião do pagamento, com o olhar para o passado, depois de incidir em concreto e se converter em dívida da parte, o montante devido a título de multa certamente não ostenta o mesmo traço intimidatório.

O tempo transcorrido justificador da incidência das *astreintes* concretamente é incompatível com a ideia de coercitividade, à qual subjaz inegavelmente um espírito prospectivo e não retrospectivo.

O fato é que o tempo passa e a decisão não é cumprida, circunstância a revelar, nesse momento, que o caráter intimidatório das *astreintes* não foi suficiente para persuadir o devedor a cumprir a decisão, remanescendo assim apenas uma dívida.

Com efeito, a linha de raciocínio que vislumbra nas *astreintes*, no seu nascedouro, caráter coercitivo, não consegue explicar a que título o devedor paga

a multa aplicada, muito menos a que título o beneficiário a recebe, depois de a multa incidir concretamente e frustrar-se por completo sua pretensão persuasiva.

Portanto, para efeito de investigação quanto à titularidade para o recebimento das *astreintes*, afigura-se-me correto indagar não somente sobre a natureza jurídica da multa por ocasião de seu arbitramento pelo magistrado – que é coercitiva, decerto –, mas sobretudo sobre a natureza do crédito devido a título de multa, bem como quais os valores e interesses protegidos pela cobrança do montante a que chegou a reprimenda.

5.4. A prática forense, da forma em que se encontra, franqueando ao credor a titularidade exclusiva do crédito decorrente da multa imposta, exprime clara conclusão de que o montante é pago pela parte renitente a título de “pena privada” – somada a eventuais perdas e danos e a juros moratórios –, tal como ocorre em França.

Nessa linha de raciocínio, tal sistemática somente se justificaria se *a*) houvesse previsão legislativa expressa, como a existente no art. 601, CPC, o que não ocorre; ou *b*) se os interesses protegidos pela cominação da multa fossem exclusivamente privados.

Ademais, o sistema utilizado na prática brasileira, como antes mencionado, mostra-se demasiado insatisfatório, haja vista a impossibilidade de compatibilizar efetividade das decisões judiciais – a qual se alcança com a exacerbação da multa –, e a vedação ao enriquecimento sem causa – a qual se alcança com a aplicação de multas em patamares módicos, uma contradição em termos.

5.5. Por outro lado, também a adoção de um sistema tal como o alemão, destinando-se o montante da multa exclusivamente ao Estado, somente se justifica se *a*) houvesse previsão legislativa a tanto, como a existente no parágrafo único do art. 14 do CPC, o que também não ocorre; ou *b*) se os interesses protegidos pela cominação da multa fossem exclusivamente públicos.

Não fosse por isso, a destinação das *astreintes* exclusivamente ao Estado geraria outro problema de difícil solução, quando o próprio Estado fosse o descumpridor da decisão judicial, o que acontece com “razoável” frequência. Neste caso, o Estado seria, a um só tempo, devedor e credor do crédito, circunstância que esvaziaria toda utilidade do instituto.

Ademais, a eficácia intimidatória da multa estaria gravemente comprometida, na medida em que, como se sabe, o particular recupera seus créditos com muito mais agilidade que o Estado.

6. Penso, portanto, que se mostra imperiosa a adoção de um sistema, por via judicial é certo, que harmonize os diversos interesses legítimos em questão, levando-se em conta os valores protegidos pela aplicação da multa cominatória, assim também suas feições, tanto para fixação da multa pelo magistrado, quanto para a cobrança do montante alcançado.

6.1. Assim se procede, convém sublinhar, em razão da lacuna legislativa existente sobre o tema.

Tal como sustentava Pontes de Miranda, com a plasticidade que lhe era própria, “o legislador faz a lei. O direito é feito pelo legislador e por outros aparelhos jurisferentes, dentre os quais está o juiz, desde que não se apague a origem democrática da lei, princípio básico nos países civilizados” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 233-234).

Com efeito, a proposta que ora se encaminha, longe de constituir argumentação *de lege ferenda*, materializa os preceitos de sobredireito do *non liquet* e do acesso ao Poder Judiciário, o qual, a toda evidência, quer significar acesso a uma solução efetiva dos conflitos postos em juízo.

É a aplicação explícita da regra contida no artigo 126, CPC (RSTJ 4/1.554).

Ademais, cumpre ressaltar que o desenvolvimento judicial do direito para a matéria ora em exame, além de se justificar em razão da lacuna legislativa, apoia-se no próprio art. 461, § 5º, norma aberta revelada pela expressão exemplificativa “tais como”, que autoriza o aplicador do direito a exercer sua motivada e regrada discricionariedade, com vistas a atingir a “tutela específica”, inclusive criando outras formas de medidas de apoio aptas a tanto.

Nesse sentido, é o lapidar magistério de Cândido Rangel Dinamarco acerca do § 5º do art. 461 do CPC:

Com vista a promover a efetiva realização dos direitos e conseqüente plenitude da tutela jurisdicional executiva, o § 5º do art. 461 do Código de Processo Civil contém uma abertura muito grande para as medidas a serem impostas sobre a vontade do obrigado ou sobre seu patrimônio (medidas de coerção ou de sub-rogação. Ele manda o juiz “determinar as medidas necessárias” e, sem ressalvas ou restrições, passa à enumeração puramente exemplificativa dessas medidas, dizendo “(...) tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca-apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva”. Isso significa que, para obter o cumprimento do preceito

contido em sentença mandamental, o juiz tem o poder de impor qualquer das medidas contidas na exemplificação e mais qualquer outra que as circunstâncias de cada caso concreto exijam e não destoem da razoabilidade inerente ao devido processo legal. Essa é a função sistemática das *normas de encerramento* - permitir que o intérprete vá além da exemplificação, não se prendendo aos limites das tipificações contidas no texto legal. "Deve-se ter por admissível todo modo de atuação da lei e todo *meio executivo* que seja praticamente possível e não contrarie uma norma geral ou *especial de direito*" (Chiovenda). O limite das medidas a serem impostas é ditado pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, que não têm contornos fixos mas devem servir de guia para a atuação ao mesmo tempo enérgica e prudente do juiz; não chegar ao ponto de degradar o obrigado, humilhando-o com medidas incompatíveis com a dignidade humana, nem ceder a temores e preconceitos irracionais que são óbices ilegítimos à efetividade da tutela jurisdicional (como era o dogma da intangibilidade da vontade) (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, volume IV*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 453).

O mencionado § 5º é claro exemplo da opção do nosso direito por determinada técnica legislativa contempladora de fórmulas abertas – princípios, cláusulas gerais ou, ainda, conceitos jurídicos indeterminados.

Mutatis mutandis, para Gustavo Tepedino, cláusulas gerais são normas que não prescrevem conduta certa, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem como ponto de referência interpretativo e oferecem ao hermeneuta critérios axiológicos e os limites para a aplicação de demais disposições normativas (*Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002*. In: *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. XIX).

6.2. Nessa linha, e na minha ótica, o sistema que mais se aproxima do ordenamento jurídico brasileiro é o português, o qual destina parte do montante da multa cominatória ao Estado e parte ao credor da obrigação principal, tendo em vista a natureza jurídica das *astreintes* e os interesses protegidos pela cominação.

Se bem analisado o instituto da multa cominatória previsto no art. 461, do CPC, percebem-se com clareza os interesses privados e públicos lá contemplados.

Não se pode negar haver interesse imediato do credor da obrigação principal de que esta seja prontamente cumprida pelo obrigado, mostrando-se a multa, por essa ótica, um instrumento acessório e adjuvante da realização do direito material violado.

Essa ideia decorre da própria predileção do atual sistema jurídico pela concessão da “tutela específica”, em detrimento da resolução em perdas e danos, circunstância que revela concentração de esforços no desiderato de entregar à parte exatamente aquilo a que tem direito, ou seja, concentração de esforços com o propósito de satisfazer interesse genuinamente privado.

Não obstante, no particular relativo às *astreintes*, caso se tutelassem exclusivamente interesses privados, nada justificaria a possibilidade de o juiz poder de ofício aplicar a multa, ou alterar sua periodicidade (§ § 4º e 6º do art. 461 do CPC), à revelia da vontade do credor da obrigação principal.

Outro detalhe que revela a feição publicística das *astreintes* é sua aptidão para neutralizar até mesmo o direito público estatal à punição pelo crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal, que possui como bem jurídico protegido “o prestígio e a dignidade da Administração Pública representada pelo funcionário que age em seu nome. É a defesa do princípio da autoridade, que não deve ser ofendido” (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal, volume 3*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 351).

É que doutrina e jurisprudência são unânimes em afirmar inexistir tipicidade penal quando ocorre descumprimento de ordem judicial, na hipótese de para a mesma conduta existir previsão legal extrapenal de reprimenda pecuniária, como é o caso da multa cominatória.

Nesse sentido, dentre muitos outros, são os seguintes precedentes das Turmas de Direito Penal do STJ:

Penal. Crime de desobediência. Determinação judicial assegurada por multa diária de natureza civil (*astreintes*). Atipicidade da conduta.

Para a configuração do delito de desobediência, salvo se a lei ressaltar expressamente a possibilidade de cumulação da sanção de natureza civil ou administrativa com a de natureza penal, não basta apenas o não cumprimento de ordem legal, sendo indispensável que, além de legal a ordem, não haja sanção determinada em lei específica no caso de descumprimento. (Precedentes).

Habeas corpus concedido, ratificando os termos da liminar anteriormente concedida.

(HC n. 22.721-SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 27.5.2003, DJ 30.6.2003, p. 271).

Penal. Crime de desobediência. Determinação judicial assegurada por sanção de natureza civil. Atipicidade da conduta.

As determinações cujo cumprimento for assegurado por sanções de natureza civil, processual civil ou administrativa, retiram a tipicidade do delito de desobediência, salvo se houver ressalva expressa da lei quanto à possibilidade de aplicação cumulativa do art. 330, do CP.

Ordem concedida para cassar a decisão que determinou a constrição do paciente, sob o entendimento de configuração do crime de desobediência.

(HC n. 16.940-DF, Rel. Ministro Jorge Scartezini, Quinta Turma, julgado em 25.6.2002, DJ 18.11.2002, p. 243).

Ou seja, se a multa cominatória pode fazer as vezes de sanção penal para efeito de não tipificação do crime de desobediência, e tendo a resposta penal para tal delito nítida natureza pública, não se pode também retirar esse caráter público das *astreintes*.

Assim, parece totalmente aplicável à sistemática ora proposta a justificativa do professor português João Calvão da Silva sobre a sistemática lusa acerca da chamada “sanção pecuniária compulsória”:

Na verdade, se é certo que a sanção pecuniária compulsória é uma medida destinada a incentivar e pressionar o devedor a cumprir a obrigação a que se encontra vinculado, não é menos certo que visa também favorecer o respeito devido à justiça, aceitando-se, por isso, que o seu produto seja repartido entre o credor e o Estado. É que, se a obrigação a cumprir pelo devedor é de natureza privada, a partir do momento em que a sua existência é declarada e o seu cumprimento é imposto jurisdicionalmente sob a cominação de sanção pecuniária, passa a existir também uma injunção judicial cujo respeito se impõe, destinando-se a sanção compulsória a vencer ainda a resistência do devedor à sentença que declara a existência de uma obrigação e o condena no seu cumprimento (SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 445).

Finalmente, é importante ressaltar, como já afirmado diversas vezes, a multa cominatória possui propósito de conferir efetividade à decisão judicial, para ao final entregar a quem de direito a “tutela específica”. Mas é verdade também que a exigência de que haja efetividade processual e, por consequência, de que o Judiciário seja eficiente, funda-se na própria existência dos direitos, para cuja realização evidentemente exigem-se providências no sentido de se entregar ao jurisdicionado exatamente aquilo que o ordenamento jurídico lhe confere, de forma segura, econômica e expedita.

De nada adiantaria a previsão de uma pletora de direitos pelo ordenamento jurídico, se esse mesmo ordenamento não dispusesse de meios para garanti-los.

7. Com efeito - e retomando o curso do raciocínio anteriormente iniciado -, o valor devido pela parte recalcitrante a título de *astrentes* deve reverter, em proporções iguais, ao Estado e à parte beneficiária da decisão que as fixou, à luz dos interesses envolvidos - que são públicos e privados - e à luz das feições que assume tal multa, devendo o magistrado “calibrar” o valor diante das circunstâncias do caso concreto.

Solução parecida foi preconizada pelo projeto do Novo Código de Processo Civil, em trâmite no Congresso Nacional, cujo texto prevê que a multa reverterá para o autor até o valor “da obrigação que é objeto da ação”, devendo o restante ser destinado ao Estado.

De qualquer forma, para o arbitramento da multa, bem como para eventuais alterações quanto ao seu valor ou periodicidade, deve o magistrado sopesar a capacidade de resistência da parte em não cumprir a decisão, bem como o comportamento dos litigantes concretamente analisado, seja o do devedor recalcitrante, seja o do credor que, em não raras vezes, permanece silenciosamente em sua posição letárgica, demonstrando completo desinteresse pela “tutela específica”.

8. Passo ao caso concreto.

Embora inovador e digno de respeito o entendimento sufragado pelo acórdão recorrido, mantendo bem lançada sentença no mesmo sentido, o recurso especial merece parcial provimento para aplicação da tese ora proposta, ou seja, para destinar o valor alcançado a título de *astreintes* em partes iguais para o Estado e para o recorrente.

Não sem antes, porém, redimensionar o montante devido pelo recorrido, nos termos do que dispõe o § 6º do art. 461 do CPC.

Verifico que a multa executada teve origem em sentença de improcedência de ação monitória ajuizada pela CEF, mediante a qual se buscava a cobrança de dívida de menos de R\$ 300,00. Ou seja, a CEF como autora da monitória, em razão da improcedência do pedido, de forma curiosa ainda saiu condenada a uma obrigação de fazer, sob pena de multa diária, cujo acúmulo diário, segundo o exequente (o réu na ação monitória), atingiu a cifra de R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais).

Nitidamente, mostrava-se descabida a condenação do autor a obrigação de fazer em ação que não ostenta natureza dúplice (monitória).

Porém, à míngua de recurso da CEF, há título executivo a ser observado, não nos sendo dado simplesmente desconsiderá-lo.

É autorizado expressamente ao Julgador, no entanto, pela letra do art. 461, § 6º, CPC, redimensionar o montante para ajustá-lo à realidade observada nos autos.

Assim, afigura-se razoável a redução do montante devido a título de *astreintes* ao patamar de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com juros e correção a partir desta data, sendo devido ao recorrente 50% e à União o restante, porquanto a ordem judicial descumprida emanou de Juízo Federal.

9. Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para, ajustando o valor devido a título de multa cominatória, manter a extinção parcial da execução, franqueando ao ora recorrente legitimidade para executar 50% do montante de R\$ 5.000,00, cabendo à União o restante.

Oficie-se à Fazenda Nacional com cópia desta decisão.

Arcarão recorrente e recorrido igualmente com as custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), com base no art. 20, § 4º, CPC, à razão de 50% para cada parte, devendo a verba ser compensada nos termos da Súmula n. 306-STJ.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: O excelente voto do Ministro Relator faz exauriente e oportuno estudo da doutrina e da jurisprudência pátria acerca da multa cominatória prevista no art. 461 do CPC, abordando o tratamento dado à matéria também no direito comparado.

Compartilho de seu entendimento a propósito da natureza coercitiva (quando fixada) e punitiva (quando de sua execução) da multa, e da necessidade de definição, pelo STJ, à falta de disposição expressa do legislador, da delicada questão referente à titularidade de tal multa, vale dizer, a quem se destina o valor executado a tal título.

Após meditar sobre a questão, peço vênia, todavia, para aderir à divergência, iniciada pelo Ministro Marco Buzzi, no sentido de que, no sistema jurídico em vigor, o valor apurado a título de multa cominatória pertence ao prejudicado pelo retardamento injustificado no cumprimento da ordem judicial.

Penso ser inequívoca a lacuna apontada pelo primoroso voto do Ministro Luís Felipe Salomão. Concordo, também, que há interesse estatal no

cumprimento tempestivo das decisões judiciais, de forma que, de *lege ferenda*, revela-se pertinente a atribuição ao Estado de parte do valor executado a título de multa cominatória, a exemplo do que ocorre no direito português e também do projeto do novo Código de Processo Civil.

Ocorre que, à falta de lei expressa, esta lacuna deve preferencialmente ser suprida com base em princípios que emanam de nosso próprio ordenamento jurídico em vigor.

Neste ponto, observo que, no sistema do CPC, a multa destinada ao Estado é a prevista no parágrafo único do art. 14 do CPC, cominada em caso de ato atentatório ao exercício da jurisdição, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis.

No caso de execução de sentença condenatória ao pagamento de obrigação pecuniária, não realizado o cumprimento espontâneo pelo devedor no prazo de 15 dias, o CPC prevê, em benefício do exequente, a multa do art. 475J.

O art. 740 do CPC estabelece multa em favor do embargado, quando os embargos do devedor forem manifestamente protelatórios. De igual forma, o art. 746 § 3º do mesmo Código prevê multa em prol de quem desistiu da adjudicação, em razão de embargos à adjudicação manifestamente protelatórios.

Para o retardamento da satisfação do credor, em processo de execução, devido à prática dos atos descritos no art. 600, do CPC, o art. 601 comina multa em favor do devedor.

Igualmente, a postergação injustificada do trânsito em julgado justifica a previsão legislativa de multa em favor do recorrido (embargado/agravado), como se verifica dos arts. 538 (embargos de declaração) e 557 (agravo regimental).

No mesmo sentido, está prevista a reversão do depósito em favor do réu, a título de multa, quando a ação rescisória é julgada inadmissível ou improcedente por unanimidade de votos (CPC, art. 494).

Embora recursos e rescisórias infundados sejam altamente prejudiciais ao andamento dos serviços judiciários, o legislador houve por bem prever as mencionadas multas apenas em favor da parte que viu a solução final da causa postergada, tendo que se defender em incidentes manifestamente inadmissíveis, protelatórios.

A multa cominatória prevista no art. 461 é estipulada em benefício direto do prejudicado pela demora no cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, sem prejuízo de ressarcimento por prejuízos sofridos pelo credor.

Penso, portanto, data vênia, não obstante o brilho do voto do Relator, que o sistema processual em vigor conduz à conclusão de que o valor executado deve destinar-se ao credor, sem prejuízo da adequação de seu valor pelo órgão judicial, mesmo de ofício, e a qualquer tempo, a fim de evitar enriquecimento ilícito.

No caso, a redução do valor da multa é unânime.

Acompanho, com a devida vênia, a divergência iniciada pelo Ministro Buzzi, quanto à titularidade do valor da multa em execução.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Marco Buzzi, dando parcial provimento ao recurso especial para restabelecer a execução de sentença, diminuindo, contudo, o valor final ao patamar de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

VOTO-VISTA VENCEDOR

O Sr. Ministro Marco Buzzi: 1. Afasta-se, de pronto, a tese de afronta aos arts. 128 e 459 do CPC.

Perfeitamente cabível à autoridade judiciária de primeiro grau, ou mesmo ao Tribunal de apelação, a este por força do efeito translativo dos recursos (art. 267, §3º, do CPC), conhecer e deliberar sobre matérias de ordem pública, notadamente aquelas pertinentes aos pressupostos processuais e condições da ação.

Assim, não viola os princípios da congruência e da inércia da jurisdição, a deliberação judicial que proclama a ilegitimidade ativa *ad causam*, mesmo quando assim o faz sem prévia iniciativa das partes, justo que prevista autorização legal para tal procedimento.

Portanto, independentemente do acerto ou desacerto do acórdão hostilizado quanto ao tema da ilegitimidade, nele não se vislumbra máculas ao confirmar a atuação do togado de primeiro grau *ex officio*, pelo que improspera o recurso especial no particular.

2. De outro lado, de rigor a anulação do acórdão de segundo grau no que tange à extinção do processo de execução, visto que não pertence ao Estado o produto de multa pecuniária fixada com base no art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC.

No ponto, o eminente relator originário, Min. Luis Felipe Salomão trouxe à apreciação da Turma outro aspecto acerca do tema envolvendo a titularidade do valor reclamado na presente execução.

Com efeito, na sessão realizada na data de 28.2.2012, o relator originário votou no sentido de prover em parte o recurso especial, de modo a, “ajustando o valor devido a título de multa cominatória, manter a extinção parcial da execução, franqueando ao ora recorrente legitimidade para executar 50% do montante de R\$ 5.000,00, cabendo à União o restante”.

No fito de justificar referido entendimento, ponderou Sua Excelência que o texto positivado no art. 461, § 4º, do CPC, apresenta lacuna, pois não indica quem é o efetivo credor da multa diária, fixada em juízo como medida de apoio ao cumprimento de obrigação de fazer, não fazer ou entregar quantia.

Além disso, noticiou a constante *problemática verificada nos casos de imposição das astreintes*, pois o valor delas não pode servir de enriquecimento sem causa do autor, mas, por outro lado, devem proporcionar a efetividade processual, e, ainda, manter um caráter coativo em detrimento da parte renitente ao cumprimento de ordens judiciais.

Assim, a par dessas duas questões, entendeu o Min. Luis Felipe Salomão, recorrendo ao exame do direito comparado, *que a melhor solução dar-se-ia mediante a adoção do sistema português*, com a divisão do produto financeiro decorrente da aplicação da multa, destinando-se metade ao próprio demandante e o remanescente ao Estado, já que, dessa maneira, resguardar-se-ia o interesse deste quanto ao cumprimento dos comandos forenses.

3. Todavia, não se vislumbra lacunas na legislação brasileira, pois, sem embargo das ponderosas razões suscitadas no voto do eminente relator originário, tem-se que ela define sim o titular do crédito derivado da aplicação de multa diária fixada para compelir o réu ao cumprimento de obrigação de fazer, sobretudo frente à função material que referida penalidade cumpre a benefício do credor da obrigação de fazer.

Inicia-se esta exposição lembrando que o Supremo Tribunal Federal, Corte que detém precedentes na esteira de que a competência dos Tribunais Superiores somente deriva da própria Constituição Federal, ao enfrentar um caso paradigmático, atribuiu a este Superior Tribunal de Justiça a incumbência de examinar reclamações direcionadas contra acórdãos das Turmas Recursais dos Juizados Especiais, em precedente que decorria justamente de crédito milionário fixado a título de multa diária por descumprimento de ordem judicial.

Somente este fato já denota que algo preocupante vem ocorrendo no âmbito do Poder Judiciário quanto à aplicação das *astreintes*.

Com efeito, o quadro atual verificado em torno de tal instituto desafia o operador do direito a indagar qual a sua natureza jurídica, quais os seus efeitos e funções, havendo manifesta insegurança jurídica quando se cuida de aplicar ou executar o valor resultante dessa singular medida prevista no CPC.

Os dispositivos do CPC, sobre o tema, são de texto largo, não regulando exaustivamente o instituto.

Não por acaso, o eminente relator originário levanta um quadro de diversas indagações/problemáticas derivadas da aplicação da multa diária, notadamente sobre: a) termo inicial de incidência da multa diária; b) a partir de qual momento pode ela ser executada; c) cabimento de sua execução provisória e/ou parcial; d) existência de eventual limitação do valor a ser alcançado mediante aplicação das *astreintes*; e) *a quem se destina o montante resultante de incidência da multa*.

A doutrina, no que vem sendo seguida sem quaisquer contestações pela jurisprudência, afirma que a referida multa diária possui função processual. Defende-se, por conseguinte, que ela deve ser fixada em montante suficiente a estimular o réu ao cumprimento da ordem judicial, de modo, inclusive, a evitar eventual desprestígio do Estado face eventual inobservância do respectivo preceito.

Prudente, aqui, fazer uma pequena observação, a ser explorada mais à frente: a doutrina e jurisprudência, ao que parece, colocam o interesse do Estado em primeiro plano no que tange à incidência da multa, olvidando que esta sanção tem atuação vinculada a uma ação de cunho individual e que a função prática do instituto é outra, justamente de resguardar os interesses do autor, prejudicado pela mora no cumprimento de uma obrigação.

Nesse *iter*, observação importante é a de que o regramento legal da multa, em momento algum, vincula-a ou determina seja ela aplicada tendo em conta suposta garantia do prestígio Estatal. Há simples menção da possibilidade de sua estipulação pelo magistrado, em dispositivo que trata da tutela de obrigações, e não exclusivamente de decisões judiciais.

4. A primeira linha de interpretação, na esteira de atribuir a multa integralmente ou parcialmente ao Estado, redundaria em uma manifesta inconstitucionalidade, por afronta ao princípio da legalidade em sentido estrito.

De fato, cuidando-se de um regime jurídico público sancionatório, a legislação correspondente deve necessária e impreterivelmente conter limites à atuação jurisdicional a partir da qual se aplicará essa sanção.

É dizer, qualquer dispositivo legal, que estabeleça uma pena, uma multa, contra um particular tendo o Estado como seu destinatário, não prescinde tanto da sua previsão, fixação, quanto estabelecimento de parâmetros, de limites, máximo e, facultativamente, mínimo para sua incidência e operatividade.

Bem por isso, é que todas as medidas punitivas do CPC prevêem gradação máxima, relacionando-a sempre a um percentual sobre o valor da causa, se não a outro parâmetro, não podendo ficar sua aplicação à margem de total discricionariedade da autoridade administrativa ou judiciária.

A única multa que o ordenamento processual estabelece a bem do Estado está no art. 14, parágrafo único, do CPC. Mas nesse caso o faz expressamente e fornece limites para sua aplicabilidade, justamente porque qualquer penalidade no direito brasileiro que beneficie o Ente Federativo deve estar taxativamente prevista.

Ademais, o fato que possibilita a aplicação dessa multa prevista no art. 14 do CPC é justamente derivado de eventual inobservância dos deveres e ordens judiciais.

Por um raciocínio simples, portanto, se verifica que o descumprimento de ordens do juízo deve ser sancionado pelo instituto do art. 14, que contém limite máximo, e não pela multa do art. 461 do CPC, cuja finalidade é a de beneficiar o autor, como uma compensação pela mora do réu no adimplemento de uma obrigação, além de servir de modo coercitivo ao devedor.

No caso da multa cominatória, justamente por não deter ela finalidade preponderante de cunho estatal, mas sim privado, a redação do texto é aberta e permite larga atuação do magistrado, já que, nessa hipótese, o beneficiário do valor da multa coercitiva será o credor da obrigação judicializada - ao menos um sujeito que não seja verdadeiro *tercius* na relação instrumental primitiva, já formada.

Se, ao revés, vale insistir, fosse o Estado, a lei deveria estabelecer parâmetros mínimos e máximos de sua aplicação, isso sem olvidar a necessidade da prévia existência de norma legal estabelecendo o crédito/obrigação em favor dos cofres públicos, contra a parte inadimplente de decisão judicial.

A situação se agrava frente à partilha proposta.

Deveras, falta amparo jurídico à criação de uma “partilha” sobre o produto da medida coercitiva, porque, salvo melhor juízo, não existe qualquer previsão legal no ordenamento brasileiro nesse sentido.

Se o intérprete, a partir de uma lacuna percebida na previsão de medida coercitiva, como a multa, extrai desse suposto vácuo normativo dois credores, queda assim então evidente que pelo menos em relação a um deles estar-se-á criando uma nova obrigação, até então inédita.

5. Retomando a análise do raciocínio atualmente adotado na doutrina e nos nossos Tribunais, tem-se que a multa serve para auxiliar na efetivação da tutela jurisdicional e garantir a autoridade do juiz e do Estado, no que tange ao cumprimento de suas ordens jurisdicionais.

Em função dessa linha de pensamento, em regra, a multa ao início do processo é sim fixada em um montante elevado, sempre sob o pretexto de que o réu deve ser coagido de modo a que para ele reste mais vantajoso submeter-se à ordem do Estado, do que permanecer inadimplente.

Todavia, no mais das vezes, no momento de execução dessa sanção, a jurisprudência titubeia, volta atrás e, verificando o montante excessivo que deriva dessa primeira investida garantista da ordem e do Estado, invariavelmente acabam nossas Cortes por reduzir, até mesmo após o trânsito em julgado de uma sentença, o valor da multa nela fixado, tudo sob a premissa de que se deve evitar, agora, o enriquecimento sem causa do autor.

Especificamente para possibilitar a interferência na multa diária arbitrada em sentença transitada em julgado, teve a jurisprudência de proceder a uma interpretação amplíssima do art. 461, § 6º, do CPC, extraindo-se dele uma verdadeira válvula de escape passível de corrigir flagrantes injustiças.

Assim, embora a leitura do texto frio do mencionado dispositivo conduza a intelecção de que a multa pode ser revista somente prospectivamente, tal como ocorre com a revisão de alimentos e com a revisão contratual, passou-se a compreender que o teor do preceptivo permite um novo dimensionamento *ex tunc* da multa diária, esta que em tese vinha incidindo de acordo com sentença dotada do atributo da coisa julgada material.

De qualquer sorte, admitida que é a revisão *ex tunc* do valor da multa, tem-se que, ao menos um dos fatores levados em consideração, ao advento da decisão definitiva, na tarefa de sustentar a providencia e efetuar a redução do *quantum*, decorre direta ou indiretamente do montante da obrigação principal perseguida em juízo pelo demandante.

Ou seja, nesse segundo momento, que é precisamente o mais importante, o de dar efetividade à multa aplicada, perde destaque a autoridade do Estado e toma corpo a necessidade de se aferir a pertinência da medida em razão da obrigação exigida judicialmente.

Portanto, ainda que não se reconheça expressamente, mas assim agindo, nossos julgados resgatam e atribuem um caráter material à multa, já que atrelam o valor máximo das *astreintes* a uma estimativa econômica do bem jurídico postulado perante a jurisdição. Fosse ela puramente processual, certamente que inexistiria vinculação alguma entre a multa fixada e a obrigação, já que o descumprimento à ordem judicial e, pois, do Estado permanece incólume.

Mais: nos casos em que uma multa resta liminarmente estabelecida, atrelada à antecipação dos efeitos da tutela, a improcedência do pedido proporciona o desaparecimento das *astreintes*, dizendo-se, inclusive, que ela tem sua exigência *secundum eventum litis*.

Nítido se afigura que, sob o atual enfoque jurisprudencial, a multa diária, que se diz nascer puramente processual, subsiste ou morre com nítida função material, já que o valor a ser arbitrado para compelir ao cumprimento de uma ordem judicial, ao final, fica dependente do reconhecimento de que o direito de fundo e, pois, material, efetivamente existe a bem da parte demandante.

Reitere-se que, em muitas oportunidades, mesmo tendo o demandado descumprido ordem judicial, inclusive prescritiva da multa ora em foco, caso ao término da ação o réu vença a ação, e tenha o direito material a seu favor, a multa que se quer eminentemente processual deixa de existir.

Nesse contexto, a atual conformação que se depara mediante exame da jurisprudência quanto ao instituto pode ser caracterizada indiscutivelmente como sendo híbrida, na medida em que a multa, de modo incoerente e assistemático, ora revela traços de caráter eminentemente processuais e ora possui inegável vinculação ao próprio direito material.

Talvez isso se deva a tentativa de comparar a medida prevista no ordenamento brasileiro a institutos afins, de outros sistemas jurídicos, ligados a outras tradições e finalidades, e arraigados a culturas de nações cujo desenvolvimento suplanta o nosso.

No entanto, e aqui há a necessidade de profundo reconhecimento ao eminente relator, que provocou a discussão, talvez seja chegado o momento de

esta Corte intervir no assunto de forma a sistematizar a aplicação do instituto sob estudo, todavia, à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Isso porque sua aplicação assistemática vem gerando desserviços à jurisdição nacional, chegando até mesmo ao ponto, segundo alguns estudiosos, como afirmado ao início desse voto, de o Supremo Tribunal Federal conferir competência a este STJ não referida na Carta Máxima da República, para examinar caso emblemático de aplicação equivocada do instituto.

Muito se fala em efetividade processual, para justificar imposição de valor elevado às astreintes, mas é necessário questionar se realmente elas são mesmo eficazes para conceder tutela específica ao autor.

Com efeito, a praxe judiciária, ao se deparar com a tutela de obrigações de fazer ou não fazer, é no sentido de valer-se quase que sempre primeiramente da multa, como uma verdadeira panacéia, esquecendo-se, contudo, que o CPC confere ao magistrado a possibilidade de utilização de medidas muito mais eficazes e que rendem o pronto adimplemento da obrigação.

É dizer, a maioria das multas fixadas em juízo, a rigor, não teriam cabimento caso a autoridade judiciária refletisse melhor quanto ao cabimento de outras medidas mais eficazes para o caso concreto.

Na hipótese em exame, por exemplo, todo o problema seria resolvido se, ao invés de fixar multa diária, o juízo houvesse examinado a possibilidade de expedição direta de ofício ao órgão de proteção ao crédito.

Ainda, a “efetividade” do processo não pode ser visualizada como um valor absoluto, capaz de suplantar o próprio direito material vindicado em juízo.

Em outras palavras, a fixação de multa desconectada e por vezes muito superior ao próprio valor econômico efetivamente almejado pela parte conduz a uma manifesta violação ao princípio da proporcionalidade, que busca a proibição do excesso na atividade Estatal.

6. O eminente relator originário, ao levantar suposta existência de lacuna no art. 461 do CPC e formular proposta de voto na esteira de reconhecer dois titulares e dividir o produto da multa diária, aparentemente, segue justamente esse caráter híbrido da multa processual, o qual, todavia, e com a devida vênia, contribui para trazer incerteza jurídica aos operadores do direito, notadamente aos magistrados de todo o país quanto ao modo de aplicar as *astreintes*.

Muitíssimo respeitosa, manifesta-se que não há omissão alguma no Código em mira, tanto que, quando o legislador, em alteração que não pode

ser acoimada de antiga, pretendeu atribuir ao Estado a titularidade de uma multa que incide a título de descumprimento e inobservância a ordens judiciais, assim o fez expressamente, cuidando, ainda, para balizar os seus limites, como disposto no art. 14, parágrafo único, do mesmo CPC, em estrita e indispensável observância aos princípios da legalidade e proporcionalidade.

O próprio ordenamento processual estabelece multa coercitiva similar, no art. 475-J do CPC, destinando-a ao credor e não ao Estado; ela incide no patamar de 10% sobre o valor da condenação, caso o devedor de quantia certa não efetue o pagamento do valor constante do título judicial no prazo de 15 dias após sua intimação para tanto.

O referido dispositivo legal é exposto quanto ao titular da multa ali estipulada, mas caso fosse o texto omissivo, jamais se poderia conceber que metade desse valor revertesse para o Estado e outra metade para o credor, ainda que se reconheça que a conduta do devedor em descumprir o comando jurisdicional transitado em julgado também acarrete um “desprestígio” ao Estado.

Em realidade, após quase vinte anos de convivência com o instituto da multa, diante das lições doutrinárias sobre ele postas e das decisões jurisprudenciais que se formaram em torno do tema, aparentemente antagônicas aos ensinamentos daqueles juristas, chegamos agora a uma encruzilhada, em que nos deparamos com a seguinte indagação: afinal, quais as funções da multa diária ora focada?

A resposta a essa indagação dirá, ou, ao menos, ajudará e confortará a explicação geralmente dada acerca de quem é o titular da multa diária, assim como poderá fornecer melhor delimitação ao seu valor, decorrendo naturalmente daí, também, solução para tantos outros infindáveis problemas que comumente se depara o operador do direito.

Indispensável para esse desiderato e, eventualmente, permitir uma melhor sistematização do tema, definir se ela afinal possui função preponderantemente público/processual, ou, diversamente, privado/material.

Note-se, e bem, que, em ambos os casos, haverá a possibilidade de se ensejar uma revisão da atual jurisprudência desta Corte quanto a diversos pontos de discussão que surgem em torno do tema.

É que, resumidamente, fixada natureza processual/pública da multa, sua conformação certamente levará ao reconhecimento de que ela reverte a bem do Estado, soando incoerente que o descumprimento de uma ordem judicial renda

créditos a bem do autor, já que, nessa situação, a verdadeira lesada é a jurisdição e não o demandante.

Igualmente, levada a cabo essa orientação, a incidência da sanção ficará desprendida do resultado final do processo, pois, independentemente do que ocorra, o descumprimento da ordem persiste e a lesão ao Estado há de ser reparada, exigindo-se o pagamento da multa mesmo improcedente a demanda na qual ela tenha sido estabelecida, tal como rotineiramente ocorre com as ditas multas processuais puras, a exemplo das previstas nos arts. 18 e 14 do CPC.

De outro vértice, estabelecida uma função preponderantemente material/privado, tais imposições serão inegavelmente pertencentes ao demandante, como compensação pela mora em receber o bem da vida perseguido na ação.

Por outro lado, nessa concepção, as *astreintes* não poderão ser arbitradas a ponto tão elevado ao início do processo, tal como vem atualmente ocorrendo na prática, mas, de toda sorte, mantém-se a impossibilidade de que ela atinja montantes absolutamente desconexos à obrigação, bem como continua a inviabilidade de execução do valor resultante da multa liminar, na hipótese de improcedência do pedido inicial.

Em rigor, as multas revestem-se de função privada ou pública; para que exista essa figura “híbrida”, por consectário, seria imprescindível norma expressa, até porque ela constituirá uma medida totalmente inédita no ordenamento jurídico brasileiro, criada por decisão jurisprudencial.

Por isso, apenas se poderia cogitar da solução de dupla titularidade da multa mediante expressa previsão legal, indicando que a sanção reverte em favor de mais de um sujeito.

A tradição de nosso direito é destinar a apenas um sujeito, exclusivamente, o produto de qualquer sanção pecuniária.

Outrossim, embora não se vislumbre a apontada lacuna no texto de lei, seu eventual preenchimento melhor ocorreria com a eleição de apenas um credor, e nunca com mais de um deles.

Ou seja, com todas as vênias, a proposta de atribuir a multa parte ao Estado e parte ao credor da obrigação, viola o princípio da legalidade, tanto em relação ao sistema jurídico evidente, como em relação a um desses sujeitos, pois ou bem a multa pertence a um ou outro sujeito, jamais a ambos.

É de se ter presente, ademais, que o Direito Comparado, embora possa servir de referência para a interpretação de determinado dispositivo legal,

especialmente quando traduz tendência exegética ou aspiração social latente, decorrente da dinâmica da evolução do Direito, não se reconhece, contudo, a sua aptidão para a integração de virtuais lacunas – ausentes no caso, repisa-se - do ordenamento jurídico pátrio.

Não fosse assim, seria possível buscar, no direito estrangeiro, aparentes soluções propostas em outros sistemas normativos, sob a pecha de suprimento da omissão do legislador, como, por exemplo, a pena de morte ou de banimento, ambas admitidas, como é sabido, em outros países.

Nesse passo, tratando-se de providência de caráter coercivo, sancionador, a vedação ao redirecionamento da multa cominatória em mercê do Estado em casos tais, ainda que justificada pela finalidade benigna da medida, é absoluta, adstrita, de forma indelével, aos princípios da legalidade, da anterioridade, da segurança jurídica e do pleno contraditório.

Em que pese mereça sinceros elogios o destacado estudo apresentado pelo eminente Relator, entretanto, acredita-se que os textos alienígenas citados não confortam decisões judiciais, por meio das quais se tenham construído solução, como a ora em debate, via lacunas supridas pela jurisprudência; pelo contrário, tem-se a colação do direito estrangeiro positivado acerca do assunto.

Portanto, é, de fato, a lei dos países aludidos no voto inaugural, e apenas naqueles citados, que admite direcionar, a bem do Estado, uma fração das multas processuais aplicadas aos litigantes, em contendas judiciais, não resultando da jurisprudência, nem mesmo nos países aludidos, a criação da titularidade da sanção.

Se compreendermos que há vácuo na lei brasileira pelo só fato de o nosso legislador não ter destinado uma parte da multa processual ao Poder Público, ante a circunstância de que outros países assim o fazem, nessa hipótese haveríamos de nos sobrepor à opção conscientemente adotada pelo legislador, trazendo para o nosso sistema aquelas sanções que nele não existem, mas que estão arroladas, como visto, em ordenamentos diversos.

Por considerar insuperável os princípios sobreditos, não olvidado o do pleno contraditório, sendo necessário atentar para a verdadeira surpresa ante todos os litigantes ao depararem, em derradeiro grau jurisdicional, com a criação de uma nova obrigação - a partir da qual estaria até mesmo titulado um novo detentor de legitimidade inclusive processual -, acredita-se, assim, não se possa conferir ao caso a solução preconizada pelo eminente Relator.

Diante disso, conclui-se que interpretação tendente a conferir ao Estado a titularidade de multa, que não possui gradação máxima, afronta o princípio da legalidade, o que, por si só, já me levaria a divergir do eminente relator.

7. Entretanto, como já adiantado, o voto do eminente relator originário ao mencionar a falta de amparo teórico a reversão da multa ao autor, desperta para outra questão: a aceitação reiterada na doutrina e jurisprudência de que a multa diária reveste-se de natureza processual e que incide face o descumprimento de uma ordem judicial!

Após refletir sobre o tema, atinge-se a conclusão de que, ao contrário, detêm as *astreintes* cunho, senão exclusivo, mas ao menos preponderante de direito material, até pela conformação jurisprudencial dada ao instituto, o que explica a maioria das indagações e perplexidades dos operadores do direito quanto ao assunto, como passo a tentar demonstrar.

É voz corrente dentre os mestres doutrinadores e de nossos magistrados que a multa cominatória serve de instrumento voltado a garantir a eficácia de decisões judiciais. E disso não se discorda, todavia, após as reflexões forçadas a partir do voto do eminente relator, verifica-se que o instituto tem uma função mais ampla, que acaba por absorver aquela precipuamente processual, a qual se pode definir doravante como sendo secundária.

Passa despercebido, quando enfocada a multa cominatória como medida exclusivamente processual, que ela também deve servir *a bem do autor da demanda*, que se encontra prejudicado pela mora do devedor no cumprimento de uma obrigação. De fato, não se tem visualizado a multa, quando de seu estudo, sob o prisma dos interesses do demandante, situando-a apenas como um *plus* para a atuação estatal.

Como consequência dessa visão superficial do instituto é que surgem todas as distorções que temos verificado na prática e acerca das quais se preocupa o relator, até ao mencionar a praxe judicial desenvolvida a partir da fixação da multa diária.

No entanto, é necessário, aproveitando o ensejo em que nos encontramos por força da bem lançada crítica proferida pelo eminente relator, que desloquemos o eixo de interpretação da multa cominatória para seu aspecto, para sua *função material*, relegando a processual para um segundo plano, pois assim ter-se-á maior segurança quando de sua aplicação, bem como se dará mais corpo para as soluções que a jurisprudência até hoje empregou para resolver os problemas derivados da manifestação do instituto no cotidiano forense.

A função material da multa diária, a que ora se refere, decorre da constatação de que ela é um *instrumento de tutela material da mora*, tendo por escopo atuar em vários sentidos, os quais assim se decompõem: a) ressarcir o credor pelo tempo em que se encontra privado do bem da vida; b) coagir, indiretamente, o devedor ao adimplemento da obrigação, punindo-o em caso de manter-se na inércia; c) servir como incremento às ordens judiciais que reconhecem a mora do réu e determinam o adimplemento da obrigação, seja ao final do processo, seja durante o seu transcurso, por intermédio da antecipação dos efeitos da tutela.

7.1 Para confortar referida conclusão, o primeiro passo é comparar a multa cominatória com as demais medidas contempladas no art. 461 do CPC.

O aludido dispositivo tem por objetivo delimitar meios e medidas destinadas à tutela específica de obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa certa, misturando-se ali instrumentos que permitem o pronto adimplemento da obrigação com as *astreintes*, instituto que atua em momento anterior, na mora do devedor.

Com efeito, a aplicação da multa, diferentemente da busca e apreensão, remoção de coisas, interdição de estabelecimentos, não repercute efeitos diretos na vida real, equivalentes ao bem da vida objeto da obrigação descumprida, nem tampouco proporciona o adimplemento direto da prestação; ela, ao contrário, acha-se inarredavelmente ligada à mora do devedor, visando a atuar no sentido de que o réu cumpra espontaneamente a obrigação, constituindo medida coercitiva/sancionatória/compensatória caso ele persista nessa posição letárgica.

Quando analisada em relação às outras medidas do 461, a diferença é gritante: todas as demais providências contempladas no dispositivo em voga são destinadas a gerar efeitos em estágio posterior à mora, acarretando e possibilitando o pronto adimplemento da obrigação.

Ensejam a execução direta da prestação, tendo, portanto, aquelas outras medidas, um indiscutível caráter processual, pois apenas possuem função disciplinar o modo por meio do qual o Estado Jurisdição procederá à satisfação da obrigação, ante a omissão do devedor.

Assim, firma-se a primeira premissa, no sentido de que a multa não serve ao adimplemento da obrigação, estando incursa em momento antecedente, *na fase da mora do devedor*.

7.2 Firmado que a multa diária é um instrumento voltado a agir perante a mora do devedor, vale traçar um breve panorama da situação histórica pertinente

à regulação e tutela das espécies obrigacionais previstas em nosso ordenamento material, quando verificada a mora do devedor, até para que se viabilize extrair a verdadeira origem e *ratio essendi* das *astreintes* em nosso sistema jurídico pátrio.

O CC de 1916, assim como o CC/2002, reconhecem, em rigor, quatro espécies de modalidades obrigacionais quando classificadas em função da prestação devida pelo devedor: obrigações de pagar quantia, de fazer, de não fazer e entregar ou restituir coisa certa.

Para a primeira espécie de prestação (obrigação de pagar quantia), ambos os ordenamentos fixam uma medida legal, destinada a atuar no período da mora *debitoris*, ou seja, os juros moratórios, que incidem *ex lege* até o efetivo pagamento da obrigação.

Referido instituto – juros moratórios – possui uma feição punitiva/coercitiva em detrimento do devedor, forçando-o à quitação, sob pena de incremento da prestação devida. Do outro lado, visto sob a ótica do credor, assume natureza ressarcitória, compensando-o face ao tempo de atraso no cumprimento da prestação.

Portanto, a partir de uma visão simples, diz o nosso ordenamento material ao devedor: cumpra a obrigação no prazo estipulado, pois, do contrário, você ficará sujeito ao pagamento de juros moratórios.

Temos, assim, um preceito primário – cumpra-se a obrigação no prazo estipulado, bem como um preceito secundário sancionatório/coercitivo/ressarcitório, - que são os juros de mora.

Veja-se que existem espécies de relações jurídicas em que tais sancionamentos podem ser ainda mais graves. Exemplo disso são os contratos bancários, que permitem, no período da mora, a aplicação da enigmática comissão de permanência, suficiente muitas vezes a aumentar em progressão geométrica a própria obrigação principal. Não se olvide, ainda, determinados casos em que se assomam os juros remuneratórios aos juros de mora, como nas desapropriações indiretas, responsabilidade civil derivada de atos criminosos etc.

O que importa extrair dessas afirmações sobre as obrigações de pagar quantia, *é que o sistema material é perfeito e enérgico, estipulando preceito e sanção predeterminada correspondente em caso de mora no inadimplemento da obrigação.*

E por que se permite ao sistema referida conformação? Justamente em função da própria natureza da obrigação de pagar quantia certa, a qual já estampa a pronta quantificação econômica do valor devido, isso é: não é

necessária em princípio qualquer atividade jurisdicional para se aferir a efetiva extensão do *quantum debeatur*.

Basta a fixação de uma “alíquota” sobre a grandeza predeterminada da obrigação, que daí advirá o resultado da “pena” imposta ao devedor.

Tal procedimento assume caráter plenamente consentâneo, pois o legislador, mediante ponderação decorrente do princípio da proporcionalidade (em sentido estrito), consegue estipular uma sanção que acompanha o valor real da obrigação, já que, tanto maior for o *quantum* devido, mais intensidade ganhará a punição correspondente.

Mesmo nos casos em que a obrigação de pagar dependa de arbitramento judicial – danos morais, por exemplo, os juros de mora, conforme decisão recente de nossa Segunda Seção, já estarão incidindo previamente, desde a data do ato lesivo, nas hipóteses de responsabilidade extracontratual, ou da citação, nas obrigações derivadas de responsabilidade civil contratual.

Isso reforça a eficácia das normas que tutelam o credor da obrigação de pagar quantia certa, tornando o preceito primário da norma dirigido ao devedor (cumpra a obrigação) mais forte, já que caberá ao último, mesmo quando ainda ilíquida a prestação, adotar postura ativa no intuito de adimpli-la, senão ficará sujeito ao pagamento dos juros moratórios legais.

Por outro vértice, cumpre verificar que as sanções provenientes da mora são assunto de alto interesse legal, garantindo-se uma proteção mínima ao credor e também ao devedor!

Tome-se, de início, as relações contratuais. Nelas, nada impede que as partes disponham sobre o tema, incrementando as sanções decorrentes da mora, mediante estipulação de multa convencional, ou, ainda, reduzam ou aumentem o percentual dos juros moratórios devidos no caso de mora, devidos no piso legal mediante a taxa em vigor para o pagamento das dívidas da Fazenda Nacional.

A lei, entretanto, não deixa totalmente à liberdade contratual a fixação das penas decorrentes da mora, pois confere ao juiz o poder/dever de reduzir o montante da multa convencional, quando esta ultrapasse o valor devido em decorrência da própria obrigação principal.

O CDC, na mesma esteira, limita em 2% do valor em atraso, a multa moratória decorrente do retardamento na quitação de obrigações derivadas dos contratos de consumo.

Protege-se, assim, o devedor.

O credor, a seu turno, também não queda desprovido de resguardo da lei, pois esta traça uma proteção mínima para as hipóteses em que não tenha ocorrido prévio ajuste nas obrigações contratuais, bem como especialmente para aquelas em que o direito do credor surge da responsabilidade civil extracontratual (caso em que obviamente não se estipulará nada diverso para a mora).

Nesses dois últimos casos, o encargo terá trânsito por força de lei, sendo despidendo até mesmo pedido expresso do autor da ação para que se opere sua inclusão no *quantum* condenatório da sentença que julgar procedente o pedido (art. 293 do CPC).

Dessa primeira breve exposição, chega-se, portanto, a identificar os seguintes pontos essenciais referentes à tutela das obrigações de pagar quantia quando verificada a mora *debitoris*:

a) Incidência, por força legal, dos juros moratórios e até mesmo de eventuais juros compensatórios em determinadas espécies de relações jurídicas.

b) Incidência eventual de multa convencional, obviamente quando previamente estipulada pelos contratantes.

c) Desnecessidade de pedido do autor, para que os juros moratórios agreguem-se ao principal reconhecido na sentença condenatória.

d) Prescindibilidade de atuação judicial na estipulação das penalidades, frente a própria natureza da obrigação, que traz nela a sua quantificação econômica já em moeda corrente.

e) Proteção dispensada ao credor mediante fixação de um piso mínimo sancionatório/ressarcitório, para os casos de ausência de disposição convencional sobre os encargos da mora, ou também para as hipóteses de responsabilidade extracontratual.

f) Tutela do devedor, ante a atribuição de poder ao magistrado de reduzir até mesmo de ofício a multa convencional que se afigure abusiva.

7.3 De outro lado, a leitura apressada do Código Civil levará o jurista a acreditar que o sistema material não dispõe de idêntica tutela sancionatória para os casos de descumprimento das obrigações de fazer, não fazer e entregar ou restituir coisa certa.

Com efeito, a ordenação civil, aparentemente, encontra-se desprovida de qualquer medida material voltada a impelir o devedor dessas obrigações a promover a quitação dentro do prazo estipulado.

Em outras palavras, numa visão superficial, tem-se que a lei civil ordena ao devedor: cumpra a obrigação! Mas acrescenta: fique tranquilo, pois nenhuma consequência redundará em caso de descumprimento!

Deveras, a lei civil, isoladamente analisada, não determina punição em caso de inobservância ao mandamento legal, de cumprir a obrigação no prazo estipulado.

A única consequência legal para o descumprimento era, desde o CC/1916, a conversão da prestação em perdas e danos, quando ela, então, assumirá em *ultima ratio* a função de obrigação de pagar quantia certa.

Somente a partir daí a sanção legal pela mora (juros de mora e eventuais indenizações materiais) poderá incidir, ficando totalmente desprovido de tutela jurídica o credor que estivesse realmente interessado em receber o bem da vida estipulado no contrato, ou a ele devido em função de responsabilidade civil extracontratual.

Ou seja, ao que se evidencia, apenas as obrigações de pagar encontram prestígio legal, já que a mora e posterior inadimplemento absoluto das prestações de fazer, não fazer e entrega de coisa apenas levavam o sistema (e junto dele o credor), num círculo vicioso, novamente à “poderosa” tutela daquelas primeiras.

Todavia, é muito claro e até intuitivo que essa impunidade experimentada pelo devedor da obrigação de fazer ou não fazer e entrega de coisa certa, expõe uma tutela material anêmica e apática quando se pensa nos interesses do credor. A fraqueza do sistema vai de encontro à garantia constitucional do direito de propriedade, inscrito na CF, potencializando a insatisfação social, em função da inadequada resolução do conflito advindo entre as partes.

Foi justamente na busca de curar o sistema material dessa verdadeira anemia que, primeiramente, por intermédio da edição do CDC e, finalmente, nos anos de 1994 e 2001, mediante alteração no CPC, o legislador consagrou o instituto da multa cominatória, fazendo-o juntamente com a edição de diversas outras medidas hábeis a tutelar com maior eficiência a execução das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa certa.

7.4 Repita-se, o inadimplemento relativo (mora) surge a partir do descumprimento da obrigação no tempo e modo previstos, permanecendo em mora o devedor enquanto ainda for útil a prestação a bem do credor. Deixando de sê-la, opera-se o inadimplemento absoluto, caso em que a obrigação resolver-se-á em perdas e danos.

De todo modo, enquanto durar esse momento de crise contratual, em que ainda interessa ao credor a prestação, o ordenamento material civil, conforme visto acima nas obrigações de pagar, possibilita o incremento do valor da prestação, com a incidência de *penalidades legais* (juros de mora ou até mesmo compensatórios em determinados casos) e *convencionais* (multa apenatória).

É nesse estágio de crise da relação jurídica contratual ou extracontratual (de inadimplemento mas ainda com possibilidade de cumprimento da obrigação) que atuam as *astreintes*.

De modo similar às medidas legais e convencionais pertinentes às obrigações de pagar, as *astreintes*, servem como um meio coercitivo/indenizatório/sancionatório, voltado a impelir o devedor ao cumprimento da obrigação, mormente porque o interesse do credor não é o de obter o valor que decorrerá das medidas coercitivas, mas sim de ver satisfeita a prestação alusiva ao bem da vida que lhe é devido e ser ressarcido dos prejuízos decorrentes da mora do devedor.

Assim, coincidem o motivo (devedor em mora) e finalidade (estimular o devedor ao adimplemento e compensar a espera do credor) da multa contratual, dos juros de mora e também das *astreintes*, diferindo apenas em função de suas fontes imediatas, que são a lei, o contrato e a atuação jurisdicional, respectivamente.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a tutela material da mora prevista no CC é completada pelo disposto no CPC, porque assim o sistema se fecha e se harmoniza, tanto que um ordenamento não prescinde de integração com o outro para que possa existir a multa em apreço, identificando-se agora, para as obrigações de não fazer, fazer e entrega de coisa certa, com a multa diária, um instrumento material com papel similar ao desempenhado pelos juros de mora e/ou multa apenatória, nas obrigações de pagar quantia.

Ou seja, completando o CC, o CPC estipula então a possibilidade de o juiz estabelecer, até mesmo de ofício, a multa diária, servindo assim como instrumento de estímulo ao cumprimento da obrigação e fazendo as vezes da incidência legal dos juros moratórios. Garante-se, assim, uma proteção mínima ao direito do credor dessas obrigações, satisfazendo o princípio da proporcionalidade.

A seguir passo a destacar aspectos que afirmam a finalidade preponderantemente material da sanção ora focada.

7.5 Estabelecida a finalidade preponderante do instituto da multa cominatória, cumpre fixar determinadas peculiaridades desse instrumento de tutela material da mora advinda do retardamento ao adimplemento de obrigação de fazer e não fazer, em comparação com seus institutos coirmãos, pertinentes às obrigações de pagar quantia.

O primeiro aspecto que desponta, nesse mister, é reconhecer que há uma sensível diferença quanto ao modo de incidência dos juros moratórios em relação à multa cominatória, o que poderia ser levantado como objeção à assertiva de possuírem as *astreintes* caráter predominantemente material.

De fato, o primeiro encargo incide de forma fixa e uniforme sobre a prestação em atraso, tendo o credor, em regra, direito líquido e certo à sua exigência até o momento do pagamento. Isso não ocorre em relação à multa diária, que apenas pode ser arbitrada pelo juiz, inclusive com a possibilidade de variação de seu termo inicial, notadamente quando fixada na sentença ou em tutela antecipatória.

Sem embargo, essas circunstâncias são meramente acidentais e decorrem da própria natureza da obrigação a ser resguardada (por isso que se fala em tutela específica, o que demanda institutos diferentes para prestações diferentes), dada a latente dificuldade em se aferir, de plano, o efetivo valor econômico a ser fixado para tutelar a mora quanto às obrigações de fazer e não fazer (aqui se excetuam as obrigações de entrega de coisa certa).

Diversamente das obrigações de pagar, em que a prestação devida é *monetariamente líquida* e permite a fixação de antemão de um percentual pré-estabelecido a incidir sobre o valor principal a título de juros de mora, no caso das obrigações de fazer, não fazer descarta-se essa possibilidade de estipular uma prévia “alíquota” sobre o montante principal, dada à inexistência de quantificação econômica imediata correspondente a essas prestações.

E é justamente por isso que a multa diária do CPC não dispõe limites mínimos ou máximos, já que caberá ao juiz calibrar o seu montante em consonância com o vulto da obrigação.

Mas o fato de sua fixação depender de uma atuação judicial não a desnatura como um instrumento também de tutela material da mora. Do contrário, toda obrigação, cujo *quantum* reclamasse arbitramento em juízo, converter-se-ia de material para processual, o que evidentemente soa absurdo.

Avançando, de ver, ainda, que tanto a multa cominatória do art. 461 do CPC se figura como meio de tutela material da mora, que encontra campo

de incidência restrito aos casos de inexistência de convenção entre as partes, hipótese que reclama a atuação jurisdicional para seu arbitramento.

Deveras, não se pode esquecer que se reveste de total licitude a estipulação dessa penalidade nos contratos que envolvam obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, quando as partes podem antecipar um valor apenatório/ressarcitório fixo ou diário para o caso de inadimplemento relativo ou absoluto de obrigações de fazer ou não fazer.

Nessa toada, o art. 645 do CPC prevê a possibilidade, em se tratando de execução de título executivo extrajudicial, de o magistrado fixar multa diária em caso de inadimplemento do mandado executivo, *além de possibilitar a redução de eventual multa diária já previamente acertada entre as partes no próprio título.*

Referido dispositivo revela a natureza coercitiva próxima da multa diária aos demais institutos de direito material acima mencionados, voltados a atuar no momento de crise contratual, pressupondo, inclusive, a eventualidade de ela ser convencionalmente estabelecida pelos litigantes em contrato, caso em que estará vedada a atuação do magistrado para majorá-la, podendo apenas reduzi-la, conforme decidiu recentemente esta egrégia Corte:

Processual Civil e Administrativo. Obrigação de fazer. Termo de ajustamento de conduta. Multa cominatória prevista no acordo. Art. 645, parágrafo único, do CPC. Impossibilidade de majoração pelo juiz.

1. O art. 645 do CPC prevê duas situações distintas que podem ocorrer em relação ao título extrajudicial objeto da execução de obrigação de fazer, sendo também duas as possibilidades facultadas ao juiz da causa: a) quando o título não contém o valor da multa cominatória, o CPC permite ao juiz fixar a multa por dia de atraso e a data a partir da qual será devida. O valor da multa fica ao prudente critério do magistrado, podendo ele, inclusive, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva, conforme aplicação analógica do art. 461, § 6º, do CPC;

b) quando o título contém valor predeterminado da multa cominatória, o CPC estabelece que ao juiz somente cabe a redução do valor, caso a considere excessiva, não lhe sendo permitido aumentar a multa estipulada expressamente no título extrajudicial.

2. Hipótese dos autos em que o valor da multa diária de R\$ 100,00 (cem reais) estipulada no Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre a empresa recorrida e o Ministério Público Estadual não foi suficiente para assegurar o cumprimento da obrigação de fazer.

Impossibilidade de sua majoração por força do parágrafo único do art. 645 do CPC.

3. Recurso especial não provido.

(REsp n. 859.857-PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 10.6.2008, DJe 19.5.2010).

Seguindo adiante, há de ressaltar que a aplicação da multa moratória pelo juízo é facultativa, ou seja, nem sempre o credor de uma obrigação de fazer ou não fazer fará jus à fixação do instituto, o que apresenta mais uma diversidade em relação ao regime de tutela material da mora pertinente às obrigações de pagar.

Essa diversidade se explica pela observância ao princípio da proporcionalidade, bem como diante da possibilidade de o magistrado, ao invés de atuar apenas na fase da mora *debetoris*, desde logo elimina-la mediante a pronta entrega do bem da vida ao devedor, valendo aqui enfrentar também a chamada indústria das *astreintes*, mencionada pelo relator ao asserir que, muitas das vezes, a parte autora tem maior interesse em auferir a multa diária do que propriamente a prestação vindicada no processo.

Como visto, a multa atua apenas na mora, no intuito de impelir o próprio devedor ao cumprimento da prestação, enquanto as demais medidas estabelecidas para a tutela específica têm por escopo obter o pronto adimplemento da obrigação.

Assim, com base nessa premissa e interpretando o art. 461 do CPC à luz do princípio da proporcionalidade, tem-se que a multa diária deve ter aplicação apenas em último caso, quando impossível ao juízo a adoção das outras medidas executivas firmadas no dispositivo, evitando-se, com isso, essa reprovável conduta, decorrente de uma praxe estatal, lastrada no mau entendimento do instituto da multa diária, prática a qual, por seus equívocos, ao cabo, permite essa subversão de interesses no curso da demanda.

O mencionado princípio determina ao intérprete que, detendo diversas alternativas para o alcance de um fim, há de utilizar aquele potencialmente mais eficaz, devendo, assim, selecionar a medida dotada de um maior grau de eficiência, além de revelar-se a menos traumática e mais econômica às partes envolvidas.

Desnecessárias maiores explanações para constatar que a utilização dos meios de execução direta são consideravelmente mais eficazes do que a simples cominação de multa diária; aqueles, evidentemente, permitem a pronta entrega

do bem da vida pretendido pela parte autora, evitando, ainda, a criação de uma nova obrigação em detrimento do devedor.

Todavia, ocorre, na prática, justamente o contrário, visto que a autoridade judicial, ao invés de manter a multa como *ultima ratio*, no mais das vezes, aplica-a sempre em primeiro plano, despojando a parte autora da possibilidade de experimentar o pronto adimplemento da obrigação.

Além disso, a tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa foi criada justamente para evitar a remessa do credor a buscar a desacreditada tutela das obrigações de pagar quantia certa, mediante conversão em perdas e danos. Esse objetivo, da obtenção do bem específico, vai por água abaixo já ao limiar do processo, geralmente logo quando da concessão de tutela antecipada, momento em que o juízo, ao fixar a multa como meio adequado ao cumprimento da obrigação de fazer, dá ao autor, cominando as *astreintes*, justamente aquela tutela que se queria evitar.

Realmente, afigura-se mais cômodo ao judiciário aguardar a iniciativa do próprio réu em promover o cumprimento da obrigação, e, na sua omissão recalcitrante, se promova, ao final, a execução da cifra alusiva às *astreintes*, afinal isso evita o dispêndio da expedição de mandados, evita a criação de incidentes processuais, diligências de serventuários da justiça etc.

Ademais, nesse primeiro impulso, tende o juízo a fixar um valor considerável a título de multa diária, baseando-se quase que sempre na lição de que o montante da multa deve ser elevado na busca de forçar o réu ao cumprimento da obrigação.

Entretanto, ao final do processo, invariavelmente, todo esse ímpeto inicial da autoridade judiciária se esvai e o valor atingido pela cominação das *astreintes* é severamente reduzido, justamente porque, nesse estágio, é que se depara com a inutilidade e irracionalidade na fixação de uma pesada multa que suplanta várias vezes o próprio montante da obrigação. E, então, premida pelo senso de evitar o enriquecimento sem causa, a justiça suprime o montante da multa, tornando o instituto em medida estéril e sem maior finalidade prática.

A fixação inicial da multa diária, como técnica principal e preferencial da tutela das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, na prática, transforma-se numa “falsa promessa” ao autor, e numa “bravata judicial” dirigida ao réu, já que, ao final da lide, a sanção resulta inevitavelmente reduzida, caso venha a alcançar um montante mais elevado, desprezado do valor economicamente plausível do direito de fundo buscado na lide.

Nesse contexto, vista a multa diária pela sua acepção em que prepondera sua função material, conjugada com observância fiel ao princípio da proporcionalidade, explica-se a facultatividade no seu arbitramento em juízo, justo que caberá ao magistrado, sempre antes de aplicar tal sanção, ponderar se não há modo mais hábil à entrega da tutela jurisdicional, somente devendo emprega-la na impossibilidade de valer-se dos meios de pronto adimplemento da obrigação, também previsto no art. 461 do CPC.

7.6 Vale também exame minucioso da possibilidade de alteração do termo inicial de incidência da multa diária, circunstância que poderia ser levantada como argumento para afastar sua tarefa de tutela material da mora, pois estaria, assim, sempre vinculada a uma atuação judicial.

Tal constatação evidentemente não desnatura a inegável ligação da multa diária com o direito material da parte, justo que os próprios juros moratórios sofrem alteração quanto ao seu termo *a quo*, dependendo da origem da obrigação de pagar quantia certa.

Com efeito, a rigor, o aludido encargo tem passagem desde a constituição do devedor em mora, mas há vários momentos em que isso pode ocorrer. Em regra, esse momento se dá com a citação do réu, nos casos de obrigação contratual, mas pode variar nas hipóteses em que a obrigação do devedor é aquiliana, quando os juros moratórios serão computados desde o evento danoso.

Distingue-se, ademais, o termo inicial dos juros de mora mesmo nos casos de responsabilidade contratual, quando o contrato tem ou não força executiva. Na primeira hipótese, os juros correm da data do inadimplemento, enquanto que na segunda incide a regra geral, computando-se o acessório da citação.

Sendo assim, mesmo os juros moratórios sofrem alterações quanto ao seu termo inicial, a depender da fonte da obrigação, valendo lembrar, inclusive, que já preponderou nesta Turma a orientação de que o encargo somente poderia ter curso, nos casos de obrigações ilícitas derivadas de reparação por danos morais, a partir do arbitramento judicial.

Esse entendimento, salvo melhor juízo, que continua sendo mantido pelos eminentes colegas Antonio Carlos Ferreira, Maria Isabel Gallotti e Raul Araújo, ainda que tenham eles se rendido a maioria da Segunda Seção, tem lastro também na premissa de que seria injusto o cômputo dos juros de mora em relação ao devedor que não disporia de condições de saber o valor por ele efetivamente devido.

Referida linha de orientação justifica o fato de as *astreintes* estarem sujeitas à alteração quanto ao seu termo inicial, visto que sua incidência imprescinde de uma atuação jurisdicional prévia, que delimite, primeiro, a viabilidade de sua incidência, mediante exame do princípio da proporcionalidade e, em segundo plano, o valor adequado para que atinja seu objetivo de impelir o próprio devedor ao cumprimento da obrigação.

Por outro lado, explica-se a possibilidade de a multa diária incidir ate mesmo antes do trânsito em julgado do processo, quando estabelecida juntamente com uma medida de antecipação dos efeitos da tutela, na medida em que a concessão da liminar antecipatória garante a parte a fruição do bem da vida pretendido já durante o curso da demanda, erigindo-se como um verdadeiro direito subjetivo da parte beneficiária ver cumprida a providência jurisdicional conferida a seu favor.

Logo, a multa diária, nessa hipótese, figura como uma pena para o réu e uma compensação para o autor pelo tempo que o demandado levará para efetivamente cumprir a medida, lembrando que nesse interregno continuará aquele privado do bem perseguido em juízo.

Portanto, a multa arbitrada em tutela antecipada tem por escopo compensar o autor e punir a mora do acionado em entregar ao demandante o bem da vida cuja tutela lhe foi antecipadamente assegurada pelo Poder Judiciário,

7.7 Diante desse contexto, verifica-se que a multa regradada no art. 461 do CPC detém inegáveis pontos de contato com a tutela material dispensada pelo legislador civil às obrigações, justo que detém a finalidade de atuação no período de mora contratual ou extracontratual.

E, para isso, vale reconhecer:

a) assim como os juros de mora traduzem uma proteção mínima ao credor da obrigação de pagar quantia, podendo incidir mesmo à míngua de pedido do autor, também a multa diária é passível de fixação quando verificada a inexistência de uma proteção mínima ao credor das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa certa;

b) da mesma forma que o juiz pode proteger o devedor da obrigação de pagar quantia, mediante redução, de ofício, de eventual valor abusivo de multa moratória, assim pode também agir o magistrado a bem do devedor das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa certa, dada a autorização prevista no art. 461, 6º, que contempla a possibilidade de minoração do *quantum*

atingido pelas *astreintes*, quando assimilada a sua excessividade ou inutilidade para o caso concreto;

c) idênticamente às obrigações de pagar, em que as partes podem dispor sobre aumento, diminuição e até mesmo criação de penalidades face à mora, também podem os envolvidos em relação negocial derivada de obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa certa;

d) outra coincidência: quando operado o inadimplemento absoluto e consequente conversão da obrigação em perdas e danos, todos esses acréscimos: multa contratual, juros de mora e multa diária acrescerão ao saldo devedor que vier a ser obtido pela mencionada conversão.

Na verdade, extrai-se da multa cominatória, conquanto prevista no CPC, uma função preponderantemente material, pois serve ela de complemento às medidas coercitivas estabelecidas no Código Civil.

Vale dizer, o legislador poderia, perfeitamente, ter fixado a multa diária para forçar o adimplemento das obrigações de entregar coisa certa, fazer e não fazer no próprio Código Civil, diploma em que melhor estariam localizadas as medidas, até para evitar discussões e distorções como a ora em foco, nada obstante, contudo, assentar a função de tutela material da mora pertinente à multa cominatória, mesmo regrada no CPC, pois indiscutível que tal diploma pode sim conter disposições de cunho material, como faz, por exemplo, em relação à prescrição e efeitos da citação válida.

8. Posto esse exame inicial e panorâmico do instituto, comparado à tutela material das obrigações de pagar, necessário agora o enfrentamento da conformação que a jurisprudência vem dando ao instituto, o que a todo sentir, reforça a função preponderantemente material da multa diária.

8.1 A orientação jurisprudencial que mais fortemente corrobora o aspecto destacadamente material da multa cominatória decorre do entendimento fixado por esta Corte, na esteira de que as *astreintes*, fixadas liminarmente no curso do processo, perdem efeito ao final da demanda, caso julgado improcedente o pedido.

Cuidasse de um instituto de direito exclusivamente processual, por evidente que a multa diária, fixada em função do descumprimento de uma ordem estatal, não teria sua eficácia obliterada face à improcedência do pedido principal. O fato gerador da aplicação da penalidade, nessa hipótese, remanesceria íntegro e permitiria a exigência da sanção independentemente da sorte da pretensão deduzida na demanda.

Como visto, não é assim. Sob o pretexto de evitar o enriquecimento sem causa do autor da ação, firmou-se a compreensão de que a multa diária perde sua eficácia, cabendo, inclusive, sua restituição ao réu, caso este tenha procedido ao recolhimento do valor resultante da penalidade durante o transcorrer da lide.

O fundamento afigura-se absolutamente correto, mas ganha evidente solidez quando firmado a par de se vislumbrar o caráter material da multa diária.

De fato, se a multa é um remédio coercitivo/punitivo/ressarcitório voltado a compelir o devedor da obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa ao cumprimento de tal prestação, fica fácil concluir que ela assume um caráter subsidiário e acessório à obrigação principal (assim como são os juros moratórios para as obrigações de pagar quantia).

Via de consequência, declarada a inexistência do principal, está a multa fadada ao mesmo resultado, soando inconcebível sua exigência a par da improcedência do pedido relativo ao próprio objeto da obrigação reclamada em juízo.

8.2 Por outro vértice, como bem ressaltou o eminente relator, os julgados da Corte restringem a atuação das *astreintes* aos casos de tutela de obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, inadmitindo-a para outras espécies de determinações jurisdicionais, o que denota a especificidade do instituto e sua ligação imbrincada com o direito material.

A jurisprudência nacional reputa descabido seu arbitramento em outras espécies de tutela jurisdicional, como a declaratória, a constitutiva, repudiando-se também sua fixação para forçar as partes ao adimplemento de obrigação material de pagamento de quantia certa, mostrando-se inviável ainda para compeli-las a observar determinado dever processual puro.

De fato, seria prontamente rechaçada, por manifesto *error in procedendo*, cominação da multa diária para que o autor comparecesse em audiência para prestar depoimento pessoal, por exemplo. Absurda se afiguraria a aplicação do instituto, para que as partes recolhessem os honorários voltados à realização de prova pericial determinada *ex officio* pelo juiz.

Conclui-se, portanto, que a multa não está ligada apenas ao processo, mas decisivamente ao direito material e, mais, sua aplicação reserva-se apenas para espécies obrigacionais específicas, sobre as quais, como visto anteriormente, padece o Código Civil de uma tutela efetiva, pois que não prevê medida alguma para contrapor-lhes a mora quando do inadimplemento.

Mais um ponto que chama à atenção.

O nosso ordenamento processual civil dispõe de procedimento de tutela específica da própria relação processual: o processo cautelar.

Fosse a multa diária um instrumento ligado ao processo, deveria, por evidência, deter ampla aplicação nos ritos da tutela cautelar pura (arresto, sequestro, alimentos provisionais, exibição de documentos, etc), o que, entretanto, não ocorre.

A jurisprudência somente consente acerca da incidência do instituto naqueles processos impropriamente chamados de cautelares, mas que, em verdade, desbordam o caráter da tutela cautelar propriamente dita, porquanto perseguem em realidade a obtenção, não de proteção aos elementos do processo (estado das coisas, partes ou provas), mas sim a obtenção da tutela antecipada, sede em que se está diante da satisfação do próprio direito material da parte.

Cito, por exemplo, o seguinte precedente desta Casa, em que se aplicou multa diária em sede da impropriamente chamada tutela cautelar:

Processual Civil e Administrativo. Fornecimento de energia elétrica. Corte. Reestabelecimento. Não ocorrência. Imposição de multa diária - *astreinte*. Art. 461, § 6º, do CPC. Excesso. Redução do valor. Recurso especial provido. Agravo regimental não provido.

1. Cuida-se, na origem, de Medida Cautelar de abstenção de corte de fornecimento contra a Companhia Piratininga de Força e Luz, ordenando à ré que restabelecesse o fornecimento de energia elétrica, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00. Esta foi reduzida, posteriormente, para R\$ 500,00. A decisão agravada a fixou em R\$ 30.000,00 no total.

2. A concessionária impugna a cobrança das *astreintes*, afirmando que o valor estaria em R\$ 1.932.863,54, equivalentes a 370 dias de descumprimento.

3. É possível a revisão de multa cominatória por decisão fundamentada, inclusive pelo STJ, em situações excepcionais e quando ela se tornar insuficiente, excessiva ou desnecessária, à luz do art. 461, § 6º, do CPC. Precedentes do STJ.

4. Ratifica-se a decisão que deu provimento ao Recurso Especial da concessionária, reduzindo a multa ao valor fixo de R\$ 30.000,00.

5. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AgRg no Ag n. 1.244.483-SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13.9.2011, DJe 16.9.2011).

Aqui, vale gizar que a Terceira Turma desta Corte vem admitindo a fixação da penalidade nos casos de exibição incidental de documentos, o que em

princípio sinalizaria a possibilidade de sua incidência para deveres processuais. Mas a própria Terceira Turma, salvo melhor juízo, entende descabida essa mesma medida nos casos de ação cautelar preparatória, que se visa também a exibição de documentos.

De qualquer sorte, trata-se de entendimento exclusivo daquele órgão fracionário, justo que nesta Quarta Turma prevalece o entendimento quanto à impropriedade do arbitramento das *astreintes*, como bem reflete julgado da eminente Ministra Isabel Gallotti:

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Ação de conhecimento. Fase instrutória. Diferenças de correção em conta de poupança. Exibição incidental de documento. Extratos.

1. A ordem incidental de exibição de documentos, na fase instrutória de ação ordinária de cobrança, encontra respaldo, no sistema processual vigente, não no art. 461 invocado no recurso especial, mas no art. 355 e seguintes do CPC, que não prevêem multa cominatória. Isso porque o escopo das regras instrutórias do Código de Processo Civil é buscar o caminho adequado para que as partes produzam provas de suas alegações, ensejando a formação da convicção do magistrado, e não assegurar, de pronto, o cumprimento antecipado (tutela antecipada) ou definitivo (execução de sentença) de obrigação de direito material de fazer, não fazer ou entrega de coisa.

2. Segundo a jurisprudência consolidada do STJ, na ação de exibição de documentos não cabe a aplicação de multa cominatória (Súmula n. 372). Este entendimento aplica-se, pelos mesmos fundamentos, para afastar a cominação de multa diária para forçar a parte a exibir documentos em medida incidental no curso de ação ordinária condenatória. Nesta, ao contrário do que sucede na ação cautelar, cabe a presunção ficta de veracidade dos fatos que a parte adversária pretendia comprovar com o documento (CPC, art. 359), cujas consequências serão avaliadas pelo juízo em conjunto com as demais provas constantes dos autos, sem prejuízo da possibilidade de busca e apreensão, nos casos em que a presunção ficta do art. 359 não for suficiente, ao prudente critério judicial.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag n. 1.179.249-RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 14.4.2011, DJe 3.5.2011).

Especificamente nos precedentes que não admitem a multa diária em sede de tutela cautelar de exibição de documentos, avulta o entendimento de que a existência de sanção processual específica (presunção de veracidade dos documentos – fase de conhecimento - ou busca e apreensão – no procedimento cautelar) afasta a possibilidade de se cominar a sanção.

Não se chega a dizer, nesses julgados, que a multa é descabida porque deveres processuais não são tuteláveis, frente ao fato de que o art. 461 do CPC somente serve para **“ações que tenham por objeto obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa certa”**, mas o fundamento invocado por nossa Corte está “no meio do caminho” dessa afirmação.

O processo civil, em si, tirante o capítulo específico dos deveres processuais das partes cujo descumprimento enseja sanções já determinadas (arts. 14, 18 e 602 do CPC), não serve para criar obrigações materiais às partes, justo que o descumprimento dos mandamentos de ordem procedimental poderão ao máximo render ensejo a uma sentença de improcedência da pretensão da parte ou então com a extinção do processo.

Isso é: salvo melhor juízo, a todo dever de fazer, abster-se, ou entregar coisa derivado especificamente da relação processual, corresponderá sempre uma sanção processual específica, o que afasta qualquer possibilidade de aplicação do art. 461 para atuar quanto à conduta das partes no processo propriamente dito.

Ademais, entendimento que tenda a aplicar multa diária pelo descumprimento de um dever eminentemente processual e não ligado à obrigação material, desrespeitará a literalidade do art. 461 do CPC, que manda seja arbitrada a penalidade em montante adequado e suficiente ao montante da obrigação, desconhecendo-se que possa ser de qualquer modo quantificada economicamente um dever processual.

Ora, nesse contexto, fica evidente que não é o processo que permeia a *ratio essendi* da multa diária, mas sim o direito material reclamado na ação, ao qual, buscando lhe dar eficácia, permite a lei se agregue a multa diária, para servir como incentivo ao devedor em seu cumprimento espontâneo e, por outro lado, como compensação ao credor pela demora no recebimento do bem da vida a que faz jus.

9. *Nessa altura do raciocínio e frente as premissas já elencadas*, vale agora o exame da afirmação unânime e corrente na comunidade jurídica, de que a multa diária incide pelo descumprimento da ordem judicial, e visa evitar o desprestígio do Estado diante da recalcitrância do devedor.

Salvo melhor juízo, referida afirmação não mais se compactua com a conformação que a jurisprudência emprestou às *astreintes* no direito brasileiro. Conforme se acabou de expor, em sendo o pedido julgado improcedente, eventual multa estipulada no transcorrer do processo queda automaticamente elidida. Afirmou-se, ainda que, tivesse a multa diária caráter processual, o

fato gerador dessa obrigação persistiria íntegro, justificando a sua cobrança a despeito do que aconteça quanto à pretensão deduzida na demanda.

Entretanto, vista a multa em sua função material, tem-se conclusão inelutável *na esteira de que não é o descumprimento da ordem judicial que enseja a aplicação/incidência das astreintes, mas sim a mora no adimplemento da obrigação.*

A ordem judicial, nesse contexto, apenas serve para constituir indiscutivelmente a mora tornando exigível desde logo a obrigação. A multa incide em momento posterior, em virtude da persistência do estado de inadimplemento relativo.

Em um sentido lato, toda decisão judicial é passível de descumprimento, o que geraria, na linha do entendimento que se pretende refutar, a aplicação ampla e irrestrita de multa diária para qualquer espécie de provimento jurisdicional.

Por evidente, todavia, que esse entendimento não pode prosperar, pois o próprio art. 461 do CPC condiciona a incidência das *astreintes* às decisões que contenham ordem ao adimplemento de obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa. Portanto, somente elas detêm a potencialidade de, inobservadas, ensejar a imposição da multa diária.

Caso o descumprimento de ordem judicial fosse o fato suficiente à aplicação da multa, então, poder-se-ia cogitar de sua aplicação para toda e qualquer decisão que não fosse espontaneamente atendida pelas partes ou por demais sujeitos do processo, incluindo-se aí ordem de devolução dos autos, comparecimento em audiência, sentenças declaratórias, constitutivas, enfim, para a integralidade dos provimentos jurisdicionais.

Mais: levado a cabo o entendimento de que é o descumprimento da ordem judicial o móvel a abrir espaço à incidência da multa diária, ter-se-ia a tácita admissão de que o sistema processual chega a um paradoxo, capaz de violar o princípio da isonomia. De fato, seria injustificável o fato de serem protegidas pelo instituto apenas as decisões cujo conteúdo traga ordens ao cumprimento de obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa, enquanto que outras, até mesmo de caráter mais relevante, ficariam desprovidas dessa mesma proteção jurídica (ordem de pagamento de alimentos, *v.g.*).

Porém, não há paradoxo, tampouco violação ao princípio da isonomia, justo que a multa diária não provém do processo, mas do direito material, da necessidade de se resguardar e servir de instrumento jurídico hábil a tutelar a mora nas obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa.

Em realidade, a ordem judicial, assim como qualquer outra sentença ou decisão provinda do exercício da jurisdição, constitui apenas o veículo a partir do qual se certifica e se permite a satisfação mediante atuação do Estado de uma obrigação advinda do direito material.

Em consonância com antiga lição da doutrina processualista, quando se trata de sentença condenatória, o ato jurisdicional dispõe, inicialmente, da declaração de existência do direito material titularizado pelo autor, constituindo, ato contínuo, em persistindo o inadimplemento, o direito do credor de valer-se de meios expropriatórios ou executivos diretos no fito de satisfação da pretensão material deduzida na demanda.

Logo, o comando judicial pressupõe, para sua posterior execução, uma previa declaração de existência do direito material, sendo óbvio que o descumprimento dessa ordem não conferirá natureza jurídica processual ao direito material nela declarado. É dizer, se não existir uma obrigação material que permeie o ato jurisdicional, revestir-se-á de total nulidade a sentença ou decisão liminar contendo uma ordem a quem quer que seja, pena de manifesta violação aos princípios da legalidade e do devido processo legal.

Nesse contexto, tem-se que a decisão judicial que estipula as *astreintes* tem a mesma natureza de uma sentença condenatória, pois ela: a) reconhece a existência da mora e a conseqüente necessidade de se estipular medida hábil a compelir o réu ao adimplemento, bem como para servir de meio ressarcitório ao credor, que se acha desprovido do bem material objeto da lide; b) constitui, em momento seguinte, a possibilidade de o autor exigir o valor monetário decorrente de sua incidência em caso de persistir o inadimplemento da obrigação, mesmo após escoado o prazo fixado para o cumprimento espontâneo.

O verdadeiro fato a possibilitar a aplicação de uma multa diária não é o simples descumprir de uma ordem judicial, como uma visão meramente superficial pode fazer crer. O que enseja essa medida é sim a mora no adimplemento da obrigação subjacente, pois sem tal inadimplemento suprimida estaria a possibilidade de arbitramento e posterior computo da multa diária. A decisão judicial apenas certifica a mora e quantifica o valor da penalidade.

Essa compreensão, na esteira de estabelecer o descumprimento da ordem judicial como fato gerador da multa, vem prestando um desserviço à nossa justiça, pois, fundando-se nessa falsa premissa, podemos acompanhar toda sorte de mandos e desmandos provindos da judicatura.

A partir desse entendimento, constata-se a imposição de multas diárias milionárias, por vezes até desprendidas das hipóteses taxativas do art. 461, desprovidas de qualquer fundamento jurídicos e aptas a ensejar o enriquecimento sem causa do respectivo beneficiário, quando, na realidade, trata-se de instrumento que deve ser aplicado com parcimônia adequando-se à dimensão da obrigação discutida.

Na realidade, o magistrado, sentindo-se desprestigiado pela inobservância de sua ordem, passa, no curso do processo, a comportar-se tal qual parte interessada da relação processual o fosse, aumentando o valor da sanção para ver restabelecida sua autoridade. Tanto assim, que, no presente caso, está o relator propondo divisão do *quantum* decorrente da aplicação das *astreintes* ao Estado.

Esse tipo de orientação, *data vênia*, causa um profundo desequilíbrio na paridade de armas que devem ser disponibilizadas às partes da relação processual, na medida em que a simples estipulação da multa diária ocasiona até mesmo a assunção de interesse do erário no resultado da lide, passando o Estado a atuar conjuntamente com o autor contra o réu. Prescindíveis, aqui, maiores digressões, de modo a se perceber frontal violação ao devido processo legal em decorrência de tal situação inusitada.

10. Diante disso, reconhecido o caráter preponderantemente material da multa diária, *resta indene de dívidas que o destinatário de sua aplicação somente pode ser o próprio autor*, mormente quando verificado que o valor da sanção, além de impelir o réu a cumprir a obrigação, serve para compensar o demandante pelo tempo pelo qual queda privado de fruir do bem da vida que lhe fora concedido, seja antecipadamente, por meio da tutela antecipada, ou definitivamente face a prolação da sentença.

De rigor, assim, a anulação do aresto de segundo grau de jurisdição, pois indevida a extinção da execução de sentença.

11. Remanesce, portanto, o enfrentamento do caso concreto, com a definição do valor a ser fixado pela aplicação das *astreintes*, tudo a ser dirimido já sob a ótica da preponderante função de tutela material da mora exercida pela fixação da multa cominatória.

Nesse ponto, primeiramente cumpre destacar a possibilidade de esta Corte sindicá-lo, mesmo após o trânsito em julgado, o valor de multa diária estabelecida durante o trâmite do processo de conhecimento, de modo a evitar o enriquecimento sem causa do respectivo beneficiário, tal como autoriza o art.

461 § 6º, do CPC. Trata-se, aliás, de entendimento consolidado nesta Corte Superior, valendo referenciar o seguinte julgado sobre o tema:

Embargos de declaração no recurso especial. Propósito infringente. Recebimento como agravo regimental. Telecom. Multa diária. Alteração. Trânsito em julgado. Possibilidade. Enunciado n. 372-STJ.

1. Esta Corte já decidiu que o magistrado pode, de ofício ou a requerimento da parte, alterar a multa aplicada, quando esta se tornar insuficiente ou excessiva, nos termos do artigo 461, § 6º, do CPC, ainda que após o trânsito em julgado da decisão. Precedentes.

2. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento.

(EDcl no REsp n. 1.069.334-RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 14.6.2011, DJe 24.6.2011).

Na espécie, é latente o equívoco na própria estipulação da multa diária, a beneficiar os réus de ação monitória, notadamente porque estes sequer deflagraram reconvenção ou pedido contraposto.

Imperioso ressaltar, até na esteira da ampla exposição já procedida durante o voto, que a multa diária deve ser fixada a bem daquele que propõe um pedido em juízo, seja por meio de ação, reconvenção ou pedido contraposto.

As *astreintes* servem para ressarcir o proponente da demanda pela mora no ressarcimento do direito material vindicado em juízo, não podendo ser fixadas aleatoriamente para toda e qualquer decisão jurisdicional, pressupondo, sempre, a existência de um direito de fundo a ser por elas protegido.

Logo, condicionante indispensável para a atuação e aplicação de tais providências, é a existência de uma ação proposta pelo indigitado credor, para que a procedência do pedido possa vir a gerar uma sentença, a qual, reconhecendo a existência da obrigação, condenará o devedor a prestar a atividade exigida na demanda.

Bem por isso, dispõe o art. 461 do CPC que “*na ação* que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, *se procedente o pedido*, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

Assim, só a partir da certeza (em caso de execução definitiva) ou da grande probabilidade (em caso de execução provisória, derivada de antecipação dos efeitos da tutela) de procedência do pedido, é que se poderá falar em aplicação

da multa diária, voltada a assegurar/ressarcir o credor face o inadimplemento da obrigação.

A posição de autor, e a existência de um pedido por ele formulado, são *conditio sine qua non* para que surja a possibilidade de o Poder Judiciário expedir ordens em desfavor do suposto devedor da obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa certa.

Do contrário, não há como justificar a ingerência do Estado no patrimônio do devedor. Vigem em nosso sistema processual civil o princípio da inércia da jurisdição (art. 2º, do CPC), só se permitindo a sua atuação quando devidamente acionada pelo interessado.

Logo, à míngua de pedido devidamente formulado em uma ação, sob os auspícios do devido processo legal, resta vedado ao judiciário expedir comandos impositivos (salvo quando necessários a resguardar o bom andamento do processo – art. 14 do CPC), sob pena de, assim, estar agindo oficiosamente.

Em situação análoga, tratando do cabimento de liminar antecipatória em favor do réu (do sujeito passivo do processo), lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Somente o autor pode beneficiar-se da tutela antecipatória. É o autor quem deduz pretensão em juízo, de sorte que só ele pode fazer pedido. Quando o CPC 273 *caput* autoriza a antecipação dos efeitos contidos no “pedido”, está limitando a concessão do adiantamento ao que tiver sido deduzido, em forma de pedido, na ação judicial. (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Extravagante, p. 647, Editora Revista dos Tribunais: 2003).

Acerca do tema referente ao cabimento da multa diária em benefício da parte que não formula pedido em juízo, vale, ainda, consulta à Apelação Cível n. 2008.003539-9, da Terceira Câmara Comercial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, relatada por este signatário.

De toda sorte, no caso dos autos, ao menos o cabimento da multa a bem dos réus de ação monitória resta indiscutível, face a incidência da eficácia preclusiva da coisa julgada material acobertando o comando sentencial que assim dispôs. Todavia, se não é possível alterar o *an debeat*, a ingerência da Corte sobre o *quantum debeat* resultante das *astreintes* é plenamente admitido, tal como exposto ao início do presente tópico.

Portanto, impositiva se afigura sensível redução do valor da multa diária a ser exigida quando da continuidade do processo executivo, a qual fica restrita

à quantia de R\$ 5.000,00, corrigida pela Taxa Selic a partir da data deste julgamento.

12. Do exposto, o voto é no sentido de prover em parte o recurso especial, para declarar a legitimidade exclusiva dos exequentes para reclamar a satisfação do valor alcançado pela aplicação da multa diária, reduzindo, todavia, o montante exequendo à cifra de R\$ 5.000,00, corrigido pela Taxa Selic a partir da data deste julgamento.

É como voto.

ESCLARECIMENTOS

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: Eminentes Colegas, o ilustre Ministro Marco Buzzi traz ao exame do Colegiado substanciosas ponderações, como sói acontecer com Juízes desse quilate, dado também o elevado conhecimento jurídico de que é detentor Sua Excelência. Suas preocupações, por exemplo, com a segurança jurídica e com o essencial e basilar princípio da Separação de Poderes, decerto são também por todos compartilhadas.

Cumpre-me, como Relator, todavia, tecer algumas considerações sobretudo acerca do voto por mim proferido em outra assentada, não sem antes reafirmar o brilho das observações dissidentes oferecidas pelo eminente colega, que deveras, possuem lastro jurídico e filosófico.

Tal como entendeu Sua Exa. em diversas passagens do seu voto, asseverei que há uma “abertura no texto legal” a autorizar a solução por mim proposta, muito embora eu tenha ido além e vislumbrado mesmo uma “lacuna legal” no que concerne à titularidade do direito ao recebimento das *astreintes*.

Em nenhum momento, com a devida *venia*, reconheci que o “texto da lei não é ideal” quanto à titularidade da multa. Na verdade, nem vislumbrei texto algum a conferir ao credor da obrigação principal a titularidade das *astreintes*. E é exatamente em razão dessa lacuna que entendi que a destinação da multa exclusivamente ao credor da obrigação principal não encontra também amparo em nenhum texto normativo, não passando de hábito forense inveterado aceito sem maiores reflexões pela jurisprudência - aceitação passiva que, felizmente, interdita-se nesta oportunidade, seja qual for a posição adotada por esta Turma.

A *prática forense* é que não é a ideal e, a meu juízo, também não encontra amparo no ordenamento.

Ou seja, a meu juízo, e com a fundamentação antes proposta, se não há previsão legal expressa a destinar a multa do art. 461 do CPC ao Estado - ou parcialmente a ele - também não há sequer indícios de que a multa deva ser destinada com exclusividade à parte. A lacuna legislativa, nesse ponto, é ambivalente.

Também gostaria de pontuar que medidas processuais acessórias, como a aplicação de multa, podem sim, em não raras vezes, potencializar o ingresso do interesse de um terceiro sujeito estranho ao processo, com a *venia* devida.

É o que acontece, por exemplo, nas seguintes situações:

a) a multa aplicada com suporte no art. 14, parágrafo único, do CPC, que “será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado”;

b) o art. 35 do CPC também prevê que as sanções processuais “impostas aos serventários pertencerão ao Estado”;

c) são revertidas a um fundo público as multas aplicadas em ações civis públicas, inclusive as relativas a obrigações de fazer e não fazer (art. 11 da Lei n. 7.347/1985), mercê do que dispõe o art. 2º, inciso I, do Decreto n. 1.306/1994, que regulamentou a criação do Fundo Público previsto na LACP, além das outras reprimendas previstas em leis diversas e reguladas pelo mesmo decreto;

d) o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no seu art. 213, prevê aplicação das mesmas *astreintes* em ações de obrigação de fazer e de não fazer, em redação quase idêntica à do art. 461 do CPC, prevendo, porém, o art. 214, a reversão dos valores para um fundo público gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e Adolescente do respectivo município.

Em todos esses casos - se a memória não me falha quanto à existência de outros - há verdadeiro *tercius*, para me utilizar também do termo de que se valeu Sua Exa. - a se beneficiar de medida processual assecuratória levada a efeito em processo do qual não fez parte.

Também rogo a mais respeitosa *venia* para dissentir do entendimento de Sua Exa. no sentido de que a ausência de parâmetros percentuais para a aplicação das *astreintes* sugere que a titularidade para recebê-las seja do particular; “fosse o Estado” - prossegue Sua Exa. -, “a lei deveria estabelecer parâmetros para mínimos e máximos”.

Ora, as multas a que fiz referência anteriormente, que são todas destinadas ao Estado, não possuem percentuais limítrofes, assim como a prevista no art. 461 do CPC, mesmo porque seu caráter periódico e a exigência de ser

“suficiente” e se inserir nas “medidas necessárias” à consecução da tutela específica, desaconselham seja ela limitada a um percentual máximo ou mínimo.

Por outro lado, a ausência de previsão normativa explícita acerca da limitação dos valores das *astreintes* não pode significar jamais, e renovada aqui a *venia* devida, sejam elas (as *astreintes*) destinadas exclusivamente ao particular; como se as multas destinadas aos particulares fossem “abertas” e as destinadas ao Estado fossem “fechadas”.

Parece-me que a tradição adotada pelo CPC é exatamente a contrária, ou seja, são as multas destinadas aos particulares - aos credores da obrigação principal - que vêm limitadas por percentual, a exemplo dos arts. 18, 475-J, 538, parágrafo único, 557, § 2º, e 601. E isso por uma razão que me parece evidente: sobretudo quanto ao particular, não se tolera o enriquecimento sem causa.

No ponto, também, não vejo amparo no ordenamento jurídico na tese implicitamente ensaiada pelo voto divergente, segundo a qual a conversão da multa para o particular é regra enquanto que para o Estado é exceção que depende de expressa previsão legal. A meu juízo, a maior estranheza se verifica quando uma “multa” tem destinação exclusivamente privada e não pública ou parcialmente pública.

Quanto ao § 2º do art. 461-A do CPC, o qual prevê que, em ações que tenham por objeto a “entrega de coisa”, expedir-se-á *em favor do credor* mandado de busca e apreensão ou imissão na posse, parece-me absolutamente imprópria a analogia para se alcançar a titularidade das *astreintes*.

E isso, *data maxima venia*, por uma razão bastante singela: o mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse a que faz referência o preceito, que será expedido sempre em favor do credor na ação que objetiva a entrega de coisa certa, não consubstancia uma medida acessória à satisfação da obrigação principal. A busca e apreensão ou a imissão na posse *é a própria obrigação principal* e o mandado é expedido mesmo em favor do credor obviamente porque é ele o titular do direito sobre o bem objeto do mandado. Não se trata, portanto, de medida coercitiva ou acessória, mas de medida satisfativa.

Ou seja, a toda evidência, a “busca e apreensão” a que faz referência o § 2º do art. 461-A não é a mesma “busca e apreensão” prevista no § 5º do art. 461, sendo a primeira satisfativa da própria obrigação e a segunda coercitiva.

Tampouco posso concordar com a ideia de que se está a criar uma nova obrigação, em derradeira instância, em benefício do Estado. A obrigação, do

ponto de vista do devedor, já existe e pouco importa a quem ele vai pagar. Somente propusemos que a obrigação anteriormente reconhecida seja fracionada, com vistas a incrementar a efetividade da tutela pleiteada.

Tanto é assim que o próprio voto divergente mantém os mesmos valores por mim sugeridos, sendo indiferente ao devedor que tais valores sejam revertidos ao Estado ou ao credor da obrigação principal ou a ambos. Quem tem interesse de se insurgir é o credor da obrigação - que terá o crédito repartido - e não o devedor. Tanto o meu voto, quanto o voto proferido pelo e. Ministro Marco Buzzi, cominam ao devedor a mesmíssima obrigação.

Não se propôs, é bom ressaltar, a dobra das *astreintes*, mas a sua repartição.

Devo sublinhar, uma vez mais, a premissa da qual parti para a solução proposta.

Diferentemente do que entendeu o substancioso voto do Ministro Marco Buzzi, não considero que a multa prevista no art. 461 do CPC seja simplesmente um “acessório” da obrigação principal privada perseguida em juízo. A solução antigamente praticada, de se resolver levianamente em perdas e danos a obrigação de fazer ou não fazer, muito frequentemente, satisfaria os interesses puramente privados da parte.

Porém, como salientado, a opção pela entrega de uma “tutela específica” cuja consecução é apoiada pela incidência de multa e outras medidas coercitivas, revela uma mudança valorativa do próprio ordenamento processual pátrio.

Tal mudança foi bem noticiada por Dinamarco, como já citado no voto antes proferido:

A idéia é esta: empregar todos os meios legítimos, mesmo a força quando necessário, para proporcionar ao credor de *um fazer* ou de um *não-fazer* precisamente o mesmo resultado útil que o adimplemento da obrigação lhe teria proporcionado. Nada de impor meras compensações em dinheiro. (*Op. cit.* p. 451).

De toda sorte, parece que a divergência entre o entendimento por mim proposto e o adotado no voto contrário é emanção de uma divergência ainda maior, de índole principiológica.

Contrariamente ao que asseverou o eminente Ministro Buzzi, no sentido de que “o processo é *mero* instrumento para a satisfação da relação jurídica material entre os litigantes”, com o máximo respeito e admiração que tenho por Sua Exa., não vejo o processo por esse viés puramente privado. A busca de uma

tutela efetiva é interesse que transborda o das partes, fincando raízes, em última análise, na própria razão de existir um “Estado-Juiz”.

Remonta à década de 60, por exemplo, a lúcida percepção de Galeno Lacerda acerca da imorredoura antítese verificada no processo, entre a justiça individual e a paz social gerada pelo término dos litígios.

“Processo é meio”, dizia Galeno, “meio de solução justa de um conflito individual de interesses e meio também, eficaz e pronto, de harmonia social”. E apregoava ele que o ponto de equilíbrio entre esses dois vieses do processo (individual/privado e social/público) se hospedaria na capacidade de o sistema não hipertrofiar, nem a finalidade individual, nem a social do processo, mas que, no Brasil, o traço marcante da cultura individualista do processo encontrava-se presente (LACERDA, Galeno. *Processo e cultura*. Revista de direito processual civil, volume 3 (janeiro a junho de 1961), ano II. São Paulo: Saraiva S.A. livreiros editores, 1961, p. 74-86).

É o que Barbosa Moreira chama *neoprivatismo*, corrente doutrinária que considera o processo como “coisa das partes”, de costas para sua relevante função social de colocar termo a pontos de tensão existentes na sociedade (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. in. *Teoria Geral do Processo: panorama doutrinário*. São Paulo: JusPodivm, 2010, p. 404).

Como afirmei sobejamente, o art. 461 do CPC, a par de fomentar a solução particular do litígio, volta-se para a prestação de uma tutela efetiva à qual subjaz inegável interesse público. Ou seja, a multa coercitiva, a qual visa a apoiar uma tutela efetiva, também possui um viés público, à sombra mesmo do caráter também social do processo.

Dá por que, sem exacerbação do poder-dever de solucionar o caso concreto independentemente de lacunas, afigura-se-me possível e correta a destinação conjunta das *astreintes* ao Estado e ao credor da obrigação principal, à razão de 50% para cada um.

Finalmente, longe de vulnerar o princípio da legalidade, a solução proposta, a meu juízo, encontra amparo inclusive na natureza aberta da própria norma inculpada no art. 461, § 5º, do CPC, que traz um rol *meramente exemplificativo* das medidas de apoio de que pode se valer o magistrado para a entrega da chamada tutela específica. A tal desiderato, como afirmei no voto antes proferido, o mencionado artigo permite até mesmo a criação de outras medidas coercitivas não previstas explicitamente, à vista da fórmula aberta “tais como” contida no seu bojo.

Relembro aqui a lapidar lição de Dinamarco acerca da abertura permitida pelo art. 461, § 5º, do CPC:

Com vista a promover a efetiva realização dos direitos e conseqüente plenitude da tutela jurisdicional executiva, o § 5º do art. 461 do Código de Processo Civil contém uma abertura muito grande para as medidas a serem impostas sobre a vontade do obrigado ou sobre seu patrimônio (medidas de coerção ou de sub-rogação. Ele manda o juiz “determinar as medidas necessárias” e, *sem ressalvas ou restrições, passa à enumeração puramente exemplificativa dessas medidas, dizendo “(...) tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca-e-apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva”*. Isso significa que, para obter o cumprimento do preceito contido em sentença mandamental, o juiz tem o poder de impor qualquer das medidas contidas na exemplificação e mais qualquer outra que as circunstâncias de cada caso concreto exijam e não destoem da razoabilidade inerente ao devido processo legal. Essa é a função sistemática das *normas de encerramento* - permitir que o intérprete vá além da exemplificação, não se prendendo aos limites das tipificações contidas no texto legal (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, volume IV. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 453).

De resto, muito embora Sua Exa. o Ministro Marco Buzzi não vislumbre lacuna na lei, não consegui enxergar no voto proferido nenhuma indicação precisa de qual dispositivo legal chancelaria a exclusiva titularidade particular das *astreintes* - afora a indigitada analogia com o art. 461-A, § 2º, o qual, renovadas todas as *venias*, prevê uma medida satisfativa da própria obrigação principal e, por isso mesmo, não guarda nenhuma relação com as medidas coercitivas de que é exemplo a multa conhecida como *astreinte*.

Por isso, eminentes Ministros, mantenho o meu voto tal como proferido, reconhecendo a judiciosidade do entendimento contrário.

RECURSO ESPECIAL N. 1.264.272-RJ (2010/0039413-9) (f)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão
Recorrente: Condomínio do Edifício Praia Guinle
Advogado: Flávio Dale e outro(s)

Recorrido: Bica da Pedra Ltda.

Advogado: Luiz Bernardo Rocha Gomide e outro(s)

EMENTA

Processo Civil. Recurso especial. Cumprimento de sentença. Parcelamento do valor exequendo. Aplicação do art. 745-A do CPC. Possibilidade. Princípio da efetividade processual. Art. 475-R do CPC. Aplicação subsidiária. Hipótese de pagamento espontâneo do débito. Não incidência da multa prevista no art. 475-J, § 4º, do CPC. Honorários advocatícios. Descabimento ante o cumprimento espontâneo da obrigação veiculada na sentença. Princípio da *non reformatio in pejus*. Violação dos arts. 165, 458 e 535 do CPC não configurada.

1. A violação aos arts. 165, 458 e 535 do CPC não foi configurada, uma vez que o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, sendo certo que o magistrado não está impelido a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, se os fundamentos utilizados foram suficientes para embasar a decisão.

2. A efetividade do processo como instrumento de tutela de direitos é o principal desiderato das reformas processuais engendradas pelas Leis n. 11.232/2005 e n. 11.382/2006. O art. 475-R do CPC expressamente prevê a aplicação subsidiária das normas que regem o processo de execução de título extrajudicial, naquilo que não contrariar o regramento do cumprimento de sentença, sendo certa a inexistência de óbice relativo à natureza do título judicial que impossibilite a aplicação da norma em comento, nem mesmo incompatibilidade legal. Portanto, o parcelamento da dívida pode ser requerido também na fase de cumprimento da sentença, dentro do prazo de 15 dias previsto no art. 475-J, *caput*, do CPC.

3. Não obstante, o parcelamento da dívida não é direito potestativo do devedor, cabendo ao credor impugná-lo, desde que apresente motivo justo e de forma fundamentada, sendo certo que o juiz poderá deferir o parcelamento se verificar atitude abusiva do exequente, uma vez que tal proposta é-lhe bastante vantajosa, a partir do momento

em que poderá levantar imediatamente o depósito relativo aos 30% do valor exequendo e, ainda, em caso de inadimplemento, executar a diferença, haja vista que as parcelas subsequentes são automaticamente antecipadas e é inexistente a possibilidade de impugnação pelo devedor, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 745-A.

4. Caracterizado o parcelamento como técnica de cumprimento espontâneo da obrigação fixada na sentença e fruto do exercício de faculdade legal, descabe a incidência da multa calcada no inadimplemento (art. 475-J do CPC), sendo certo que o indeferimento do pedido pelo juiz rende ensejo à incidência da penalidade, uma vez configurado o inadimplemento da obrigação, ainda que o pedido tenha sido instruído com o comprovante do depósito, devendo prosseguir a execução pelo valor remanescente.

5. No caso sob exame, a despeito da manifestação de recusa do recorrente (fl. 219), o Juízo deferiu o pedido de parcelamento ante a sua tempestividade e a efetuação do depósito de 30%, inclusive consignando o adimplemento total da dívida (fl. 267), restando inequívoco o descabimento da multa pleiteada.

6. A Corte Especial, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.028.855-SC, sedimentou o entendimento de que, na fase de cumprimento de sentença, havendo o adimplemento espontâneo do devedor no prazo fixado no art. 475-J do CPC, não são devidos honorários advocatícios, uma vez desnecessária a prática de quaisquer atos tendentes à satisfação forçada do julgado. No caso concreto, porém, conquanto tenha-se caracterizado o cumprimento espontâneo da dívida, o Tribunal condenou a recorrida ao pagamento de honorários advocatícios, o que, em face de recurso exclusivo do exequente, não pode ser afastado sob pena de *reformatio in pejus*.

7. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo,

Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de maio de 2012 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 22.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Condomínio do Edifício Praia Guinle ajuizou ação de cobrança de cotas condominiais, cujo pedido foi julgado procedente. A recorrida foi intimada em 19.6.2008 para cumprimento da sentença, em 15 dias, sob pena das sanções previstas no art. 475-J do CPC, além da verba honorária em fase de execução (fls. 194).

Em 30.6.2008, foi requerido o parcelamento do valor exequendo em 6 (seis) vezes mensais, com o cômputo dos devidos encargos legais, subtraídos os valores referentes à verba honorária e à multa do art. 475-J, tendo efetuado o depósito de 30% (fls. 204).

O exequente, ora recorrente, manifestou-se contrariamente ao pedido de parcelamento (fls. 219), solicitando a expedição de mandado de pagamento e penhora do imóvel para garantia da execução.

O Juízo determinou a expedição do referido mandado e, diante da renovação mensal do depósito, intimou o recorrente para se manifestar sobre os novos depósitos (fl. 228).

A recorrida opôs embargos de declaração (fls. 231-232) alegando omissão quanto ao pedido de parcelamento formulado.

Houve petição do recorrente no sentido do levantamento da quantia já depositada e dos futuros depósitos, sem prejuízo da efetivação da penhora do imóvel em questão para garantia da execução dos valores eventualmente subsistentes (fl. 236).

Reiteração, por duas vezes, do pedido para julgamento dos embargos de declaração (fls. 250 e 263), nos quais pugnou o parcelamento do débito.

Pedido de extinção da execução ante o pagamento da última das 6 parcelas (fl. 253).

O Exequente acusa o pagamento de R\$ 452.693,38 e a subsistência de R\$ 71.408,71, em relação aos quais reiterou o pedido de inscrição da penhora do imóvel e sua alienação em hasta pública (fls. 264-265).

Decisão dos embargos de declaração à fl. 267, assim redigida:

O réu se manifestou dentro do prazo previsto no referido artigo requerendo o parcelamento da dívida n.f. do que dispõe o art. 745-A e 745-R do CPC e efetuando o depósito de 30% do valor devido.

Ressalte-se que embora não tenha havido manifestação expressa do juízo com relação ao pedido de parcelamento, os depósitos foram feitos regularmente, já estando adimplido o valor total da dívida.

Em assim sendo, verifico que não há que se falar em incidência da multa prevista no art. 475-J do CPC nem arbitramento de honorários para a fase de cumprimento da sentença, motivo pelo qual indefiro o pedido de fls. 226-227.

Acolho os embargos de declaração de fls. 201-202 para suprir omissão existente na decisão de fls. 198 devendo a mesma ser acrescida da seguinte redação:

“Defiro o parcelamento da dívida, conforme requerido, devendo o depósito dos valores ser feito de acordo com o disposto nos arts. 745-A e 745-R do CPC”.

Foi interposto o presente agravo de instrumento (fls. 14-26), ao qual foi dado parcial provimento, apenas para arbitrar a verba honorária em R\$ 4.000,00, nos seguintes termos (fls. 289-296):

Cumprimento da sentença. Parcelamento. Cumprimento da obrigação. Art. 475-R e 745-A, do Código de Processo Civil. Aplicação subsidiária. Incidência na hipótese. Divergência jurisprudencial e doutrinária. Regra de reenvio. Direito potestativo do devedor, facultado ao juiz apenas mensurar o número de parcelas ante as circunstâncias do caso concreto. Cumprimento escoreito da condenação, de forma parcelada, sem que houvesse pronunciamento judicial a respeito. Inércia do Judiciário que não pode prejudicar o devedor. Descabimento da multa do art. 475-J, do CPC. Inclusão, contudo, da verba honorária, em consonância com as regras do favor legal, mas de forma mitigada, do modo a não ensejar **bis in idem**. Recurso provido em parte.

Opostos embargos de declaração (fls. 300-304 e 305-306), foram rejeitados (fls. 310-311 e 312-313).

Nas razões do recurso especial interposto com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, foi alegada violação dos arts. 313 e 314 do CC, 165, 458, 475-J, 475-J, § 4º, e 535 do CPC, bem como dissídio jurisprudencial com acórdãos de outros Tribunais.

Em suma, sustentou o recorrente:

a) omissão e ausência de fundamentação quanto aos dispositivos apontados como malferidos, mormente no tocante à inaplicabilidade de normas pertinentes à execução de título extrajudicial ao caso concreto, que versa o cumprimento de sentença;

b) o depósito parcial da dívida exequenda afronta os artigos do Código Civil, uma vez que o credor não pode ser compelido a receber prestação diversa da que lhe é devida;

c) o pagamento de parte do débito enseja a incidência da multa prevista no art. 475-J, § 4º, do CPC.

Assim, requereu a remessa dos autos ao contador judicial para apuração da diferença entre o valor inicialmente devido e o depositado inicialmente, nos termos do art. 475-J, § 4º, do CPC, bem como a determinação da penhora da unidade condominial para garantia da execução.

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso (fls. 385-401), que foi inadmitido na instância originária (fls. 403-405), tendo subido a esta Corte por força do provimento do agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. A violação aos arts. 165, 458 e 535 do CPC não foi configurada, uma vez que o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronunciou-se de forma clara e fundamentada sobre a questão posta nos autos, apenas adotando posição diversa da almejada pelo recorrente.

Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, contanto que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

3. A presente controvérsia cinge-se a três pontos: a) possibilidade de aplicação do art. 745-A, do CPC, ao cumprimento de sentença, de modo a conferir ao devedor o direito de parcelar o valor exequendo; b) incidência da multa prevista no art. 475-J, § 4º, do CPC; c) incidência de honorários advocatícios em sede de cumprimento de sentença.

Por primeiro, cumpre destacar que, no cenário atual, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas devem ser implementadas sob a ótica constitucional, mormente a dos direitos fundamentais, o que ressoa evidente da lição de Paulo Bonavides:

Os direitos fundamentais são a bússola das Constituições. A pior das inconstitucionalidades não deriva, porém, da inconstitucionalidade formal, mas da inconstitucionalidade material, deveras contumaz nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvimento, onde as estruturas constitucionais, habitualmente instáveis e movediças, são vulneráveis aos reflexos que os fatores econômicos, políticos e financeiros sobre elas projetam. (...) Quem governa com grandes omissões constitucionais de natureza material menospreza os direitos fundamentais e os interpreta a favor dos fortes contra os fracos. Governa, assim, fora da legítima ordem econômica, social e cultural e se arreda da tridimensionalidade emancipativa contida nos direitos fundamentais da segunda, terceira e quarta gerações (Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 283).

Assim, considerando os direitos fundamentais um manancial axiológico do ordenamento jurídico, espriam-se seus efeitos por toda a legislação pátria, exigindo uma releitura do direito positivo sob o prisma constitucional.

Nessa senda, mesmo antes de a Emenda Constitucional n. 45/2004 erigir, de forma expressa, o direito à tutela jurisdicional tempestiva à condição de direito fundamental (art. 5º, LXXVIII), tal entendimento já era perfilhado pela doutrina ao entendimento de que o próprio art. 5º, em seu inciso XXXV, ao preconizar a inafastabilidade do controle jurisdicional e o acesso ao judiciário, já encartava o acesso à ordem jurídica *justa, real e efetiva*.

Notadamente, a efetividade do processo como instrumento de tutela de direitos é o escopo almejado por todos os operadores do sistema, razão pela qual a incessante busca por alternativas que tornem o processo mais célere - sem olvidar, entretanto, a imprescindível estabilidade das relações sociais -, dá origem a periódicas reformas processuais, superando dogmas e regras do passado, no afã de adaptar o direito processual à realidade social.

Nesse sentido, o magistério de Kazuo Watanabe:

Do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhes deram foros de ciência autônoma, partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática

sócio-jurídica. Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais - prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos -, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos. É a tendência ao *instrumentalismo* que se denominaria *substancial* em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal. (Da cognição no processo civil. Campinas: Bookseller, 2000, p. 20-21).

Da mesma forma, o escólio de Luiz Guilherme Marinoni:

[...] os direitos fundamentais materiais, além de servirem para iluminar a compreensão do juiz sobre o direito material, conferem à jurisdição o dever de protegê-los (ainda que o legislador tenha se omitido), ao passo que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre a atuação do juiz como “diretor do processo”, outorgando-lhe o dever de extrair das regras processuais a potencialidade necessária para dar efetividade a qualquer direito material (e não apenas aos direitos fundamentais materiais) e, ainda, a obrigação de suprir as lacunas que impedem que a tutela jurisdicional seja prestada de modo efetivo a qualquer espécie de direito (*Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 133).

4. Sob esse enfoque, a Lei n. 11.232/2005 instituiu o processo sincrético, integrando as atividades cognitivas e executivas, de modo a abolir a necessidade de propositura de ação de execução de título judicial, dicotomizando, assim, a execução forçada singular (ressalvadas as execuções especiais por dívidas da Fazenda Pública e por obrigação alimentar, cujas normas permaneceram incólumes).

De um lado, tem-se o cumprimento forçado da sentença condenatória e outras a que a lei atribui igual força (arts. 475-I e 475-N) e, de outro lado, o processo de execução dos títulos extrajudiciais, cujas regras, insertas no Livro II do CPC, aplicam-se ao procedimento de cumprimento de sentença subsidiariamente, consoante dispõe o art. 475-R:

Art. 475-R. Aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento da sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial.

A Lei n. 11.382/2006, com inspiração no mesmo ideal de efetividade e economia processual, alterou as regras do processo de execução de título extrajudicial e, entre diversas outras inovações, inclusive mitigando a lei adjetiva (art. 314 do CC), concedeu ao devedor o direito de parcelar o débito exequendo, desde que preenchidos os requisitos do art. 745-A:

Art. 745-A. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês.

Nesse sentido é a lição de Araken de Assis:

O art. 745-A autoriza o executado a parcelar o pagamento da dívida em até seis meses. Essa regra, inovando a lei material - em particular o art. 314 do CC-2002, segundo o qual, embora divisível a prestação, "não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não ajustou" -, conferiu inequívoco direito ao executado. Desse modo, exercido no prazo e observados os respectivos pressupostos, o pedido do executado subordina o órgão judiciário e o exequente. (Manual da Execução. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 553).

Corroborando esse posicionamento, Cássio Scarpinella Bueno enfatiza as benesses que tal medida traz para o executado, para o exequente e para o processo, o que vem ao encontro da almejada efetividade do processo civil:

A Lei n. 11.382/2006 inovou quando passou a admitir uma verdadeira *moratória* a ser obtida jurisdicionalmente pelo executado, encarregando-se, o art. 745-A, de disciplinar os pressupostos para sua obtenção.

[...]

Trata-se, não há como negar, de dispositivo que busca, a um só tempo, realizar satisfatoriamente os direitos e interesses contrapostos do exequente e executado em ampla consonância com o "princípio da menor gravosidade" do art. 620.

Alguém poderá opor-se à afirmação do último parágrafo, com a lembrança do art. 314 do Código Civil, pois o exequente pretende com a execução não é obter nenhum pagamento parcelado, mas, bem diferentemente, obter o pagamento da dívida do executado e obtê-lo, se for o caso, à força. E é por isso que o direito processual civil dá a ele uma série de normas capazes de expropriar o patrimônio do executado independentemente de sua vontade e concordância.

A objeção é correta, mas este *Curso* não a adota. É que ela vai de encontro a uma das maiores dificuldades que se põe para a tão desejada "efetividade" da

execução por quantia certa contra devedor solvente: a higidez patrimonial e a disponibilidade de patrimônio do executado. Por mais que a Lei n. 11.382/2006 tenha criado condições de aumentar o patrimônio disponível para ser executado e os mecanismos de realização daquela constrição judicial, assunto ao qual se volta o Capítulo 4 da Parte II, aquela consideração é inegável. A nova regra, por isto mesmo, é realista e digna de aplausos. Não há por que duvidar de sua ampla aplicação no dia a dia do foro principalmente por aquele executado (e antes de ser, para fins do direito processual civil, “executado”, ele é, no plano do direito material, *devedor*) que pretende pagar a dívida mas que não tem patrimônio suficiente para isso. O cumprimento do art. 745-A permite que, sem qualquer agressão direta ao patrimônio do executado, ele crie condições concretas e satisfazer integralmente ao crédito reclamado pelo exequente ainda que em até sete parcelas, a primeira à vista e as demais em até seis meses consecutivos.

Nesse contexto, o dispositivo em exame deve receber aplausos da doutrina e da jurisprudência. Melhor do que dar início a uma execução que tem tudo para se mostrar, se não infrutífera, extremamente penosa e onerosa para o próprio exequente, é permitir ao executado que ele tome a iniciativa de *parcelar* o crédito total reclamado pelo exequente. (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 604-605).

5. A questão que ora se põe é sobre o cabimento do parcelamento do débito no cumprimento de sentença, em que, via de regra, o devedor é conclamado a quitar o saldo no prazo de quinze dias, sob pena de incidência de multa, nos termos do art. 475-J do CPC:

Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

[...]

§ 4º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no *caput* deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante.

Traz-se novamente a lume o mandamento insculpido no art. 475-R do CPC, que expressamente prevê a aplicação subsidiária das normas que regem o processo de execução de título extrajudicial - naquilo que não contrariar o regramento do cumprimento de sentença.

Em outras palavras, cumpre ressaltar que não há nenhum óbice relativo à natureza do título judicial que impossibilite a aplicação da norma em tela, nem sequer impeditivo legal.

Ao revés, o próprio legislador, ao proceder à reforma do CPC mediante a Lei n. 11.232/2005, antes mesmo de introduzir a novidade constante do art. 745-A, criou o art. 475-R, o que denota sua manifesta intenção de que fossem aplicadas, de forma subsidiária, as norma regentes da execução de título extrajudicial ao cumprimento de sentença, com vistas a abreviar este procedimento sem alterar a essência da pretensão executória.

Visou o legislador sobretudo a sinalizar para a importância da composição nas execuções pecuniárias e a estimular o pagamento espontâneo da dívida, evitando-se custos e desgastes desnecessários, tanto das partes quanto do aparato judiciário, com a provável perpetuação do processo, sendo forçoso concluir que a medida em tela somente veio a contribuir para a efetividade da prestação jurisdicional e também para os interesses dos litigantes.

Ressaltando o triplo acerto da inovação processual, Athos Gusmão Carneiro elucida:

Pelo novo instituto (que deve a Ada Pellegrini Grinover suas características fundamentais) ambas as partes resultam favorecidas. O exequente vê seu crédito reconhecido pelo executado, e poderá de imediato levantar os trinta por cento depositados; e não estará sendo prejudicado pela demora em receber o saldo, pois provavelmente os atos executórios demandariam mais tempo. Também favorecido o executado, porque diante de um débito vencido e inconteste, obtém um prazo razoável para efetuar o pagamento, com ônus bem inferiores aos de qualquer empréstimo em instituição bancária. (*A "nova" execução dos títulos extrajudiciais: mudou muito? In Revista de Processo, v. 143. São Paulo: Editora RT, 2007*).

Na mesma esteira, cita-se o magistério de Cássio Scarpinella Bueno:

É irrecusável a aplicação do art. 745-A também para os casos de execuções fundadas em título judicial (art. 475-N). Trata-se de decorrência natural do art. 475-R.

Contra este entendimento, poderia ser objetado, como faz, por exemplo, Humberto Theodoro Junior (*A reforma da execução do título extrajudicial*, p. 217), que "não teria sentido beneficiar o devedor condenado por sentença judicial com novo prazo de espera, quando já se valeu de todas as possibilidades de discussão, recurso e delongas do processo de conhecimento. Seria um novo e pesado ônus para o credor que teve de percorrer a longa e penosa *via crucis* do processo condenatório, ter ainda se suportar mais seis meses para tomar as medidas judiciais executivas contra o devedor renitente."

Com as devidas vênias ao prestigiado processualista, têm cabimento, aqui, as mesmas considerações apresentadas pelo n. 1, supra: o art. 745-A está a regular,

em última análise, a incidência do “princípio da menor gravosidade da execução ao executado” e, por isto, a regra deve ser também aplicada para estes casos, nada havendo na natureza do título executivo judicial que afaste, por si só, a sua incidência. De mais a mais, o tempo necessário para a prática dos atos executivos, tenham eles fundamento em título executivo judicial ou extrajudicial, pode variar pelos mais diversos motivos, o principal deles o grau de solvabilidade do próprio executado e, por isso mesmo, a alternativa criada pelo art. 745-A pode-se mostrar satisfatória para o exequente. (Op. Cit., p. 611).

Assim, a novel medida processual atende simultaneamente ao direito do credor à satisfação mais célere de seu crédito - como corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva -, e ao direito do devedor a que a execução se lhe faça da forma menos gravosa - como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Vale dizer, o parcelamento da dívida pode ser requerido também na fase de cumprimento da sentença.

6. Ultrapassada a questão acerca do cabimento da moratória no cumprimento de sentença, insta perscrutar a forma como se dará o fenômeno nesta sede, uma vez que o recorrente pleiteia a incidência da multa de 10% prevista no art. 475-J sobre o valor parcelado, além dos honorários advocatícios.

O art. 745-A do CPC impõe alguns requisitos, quais sejam: (i) a tempestividade do requerimento expresso do devedor, ou seja, que ele seja feito no prazo para o ajuizamento dos embargos, importando reconhecimento do crédito do exequente; (ii) o depósito prévio de 30% do valor do débito, nele incluídos os honorários advocatícios e custas processuais; (iii) proposta de plano de pagamento em até seis parcelas mensais acrescidas de correção monetária e juros de 1% ao mês.

Aplicando-se a aludida regra ao cumprimento de sentença, deve o executado requerer o parcelamento em até 15 dias a contar da intimação para o cumprimento da sentença, nos termos do art. 475-J, *caput*, do CPC.

O requerimento implica a renúncia à impugnação, uma vez que equivale ao reconhecimento do crédito objeto da sentença.

Araken de Assis tece relevante comentário quanto à aparente inviabilidade de o devedor reconhecer o débito exequendo - renunciando à impugnação da sentença - ante a existência de anterior reconhecimento judicial da dívida:

O art. 745-A aplica-se, em princípio, à execução fundada em título extrajudicial por dívida de dinheiro, seja o procedimento comum, seja o procedimento especial (v.g. a execução hipotecária da Lei n. 5.741/1971, na execução do crédito alimentar por expropriação, a teor dos arts. 732 e 735).

[...]

Também se aplica à execução fundada em título judicial (art. 475-N). *A circunstância de se cuidar de dívida objeto de pronunciamento judicial não constitui razão bastante para excluir o direito subjetivo do executado. Não impressiona, ademais, o fato de a iniciativa do executado implicar o reconhecimento da dívida supostamente objeto do provimento judicial. Ao executado cabe controverter a subsistência da pretensão a executar - v.g., opondo a exceção de compensação - e, essa possibilidade há de se entender abrangida no "reconhecimento".*

6.1. Não obstante a controvérsia doutrinária acerca de constituir o parcelamento um direito potestativo do devedor, assumindo caráter vinculativo do juízo e dispensando, assim, a manifestação do credor, penso não ser essa a solução mais justa, inclusive como forma de compatibilizar a nova norma processual com a material, apenas mitigando, desse modo, as regras previstas nos arts. 313 e 314 do CC:

Art. 313. O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa.

Art. 314. Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou.

Ademais, deve-se considerar também a possibilidade de o devedor utilizar tal prerrogativa de má-fé, como, por exemplo, se o executado for um banco ou instituição sem nenhuma dificuldade de liquidez.

Assim, deve o Juízo ouvir o exequente, que pode impugnar a solicitação de parcelamento, desde que apresente motivo justo e relevante e de forma fundamentada.

De toda sorte, ainda que com a oposição do credor, pode o juiz, analisando o caso concreto, deferir o parcelamento se verificar atitude abusiva do credor, por pretender, injustificadamente, tornar a execução mais onerosa para o devedor, sendo certo que tal proposta é-lhe bastante proveitosa, a partir do momento em que poderá levantar imediatamente o depósito relativo aos 30% do valor exequendo e, ainda, em caso de inadimplemento, executar a diferença, uma vez

que o vencimento das parcelas subsequentes são automaticamente antecipadas e inexistente a possibilidade de impugnação, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 745-A:

§ 1º Sendo a proposta deferida pelo juiz, o exeqüente levantará a quantia depositada e serão suspensos os atos executivos; caso indeferida, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito.

§ 2º O não pagamento de qualquer das prestações implicará, de pleno direito, o vencimento das subseqüentes e o prosseguimento do processo, com o imediato início dos atos executivos, imposta ao executado multa de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações não pagas e vedada a oposição de embargos.

Alberto Camiña Moreira, em artigo específico sobre o tema, expõe:

Certamente, e por exceção, em situação abusiva que pudesse tornar a execução mais onerosa para o devedor, justifica-se a atuação judicial. Todavia, aí, a decisão de imposição do acordo deve estar fundamentada e tem a finalidade de remover a conduta abusiva do credor, que quer prejudicar o devedor, por exemplo, com vistas à expropriação de certo bem para causar algum alarde prejudicial ao devedor. Nessa circunstância especial é que se poderia afastar a vontade (na verdade, abuso) do credor. O abuso nunca conta com amparo judicial.

Outro ponto digno de relevo. A proposta é uma grande vantagem para o credor, pois ela virá acompanhada do comprovante de depósito de 30% do valor executado. Isso e mais o fato de o executado desistir dos embargos de modo a deixar livre o caminho para a execução, na hipótese de serem as parcelas inadimplidas, é um grande atrativo para a aceitação da proposta; e também mais facilmente permite a caracterização do abuso caso ocorra a rejeição da proposta.

Nessa linha de intelecção, o deferimento da medida pelo juiz afasta a incidência da multa por inadimplemento da obrigação reconhecida na sentença, uma vez que o depósito dos 30% do valor devido, cujo comprovante deve vir anexado ao pedido de parcelamento, tem o condão de demonstrar o cumprimento espontâneo da obrigação.

Ratificando esse entendimento, Luiz Guilherme Marinoni expõe que:

[...] em razão da regra que permite a aplicação subsidiária ao *cumprimento de sentença*, naquilo que não for incompatível, das regras da execução por quantia certa fundada em título extrajudicial (art. 475-R, CPC). *Como se trata de uma técnica de cumprimento espontâneo da obrigação* - (portanto, em consonância com o princípio da efetividade), e não havendo qualquer inadequação com o procedimento executivo para a execução da sentença, seria possível que o

executado, no prazo para *impugnar a execução*, exercesse o direito potestativo ao parcelamento da dívida previsto no art. 745-A do CPC.

Por conseguinte, o indeferimento do pedido pelo juiz rende ensejo à incidência da multa, uma vez caracterizado o inadimplemento da obrigação, ainda que preenchidos os requisitos e que o pedido tenha sido instruído com o comprovante do depósito, devendo prosseguir a execução pelo valor remanescente.

6.2. No caso sob exame, a recorrida requereu tempestivamente o parcelamento do valor exequendo, tendo efetuado o depósito de 30% (fls. 204).

A despeito da manifestação de recusa do recorrente (fl. 219), o Juízo deferiu o pedido da executada em sede de embargos de declaração, ressaltando o adimplemento total da dívida, nos seguintes termos (fl. 267):

O réu se manifestou dentro do prazo previsto no referido artigo requerendo o parcelamento da dívida n.f. do que dispõe o art. 745-A e 745-R do CPC e efetuando o depósito de 30% do valor devido.

Ressalte-se que embora não tenha havido manifestação expressa do juízo com relação ao pedido de parcelamento, os depósitos foram feitos regularmente, já estando adimplido o valor total da dívida.

Em assim sendo, verifico que não há que se falar em incidência da multa prevista no art. 475-J do CPC nem arbitramento de honorários para a fase de cumprimento da sentença, motivo pelo qual indefiro o pedido de fls. 226-227.

Acolho os embargos de declaração de fls. 201-202 para suprir omissão existente na decisão de fls. 198 devendo a mesma ser acrescida da seguinte redação:

“Defiro o parcelamento da dívida, conforme requerido, devendo o depósito dos valores ser feito de acordo com o disposto nos arts. 745-A e 745-R do CPC”.

Destarte, ressoa inequívoco o descabimento da multa pleiteada pelo recorrente com base no art. 475-J, § 4º, do CPC, ante o exercício de uma faculdade legal e a configuração do pagamento espontâneo da dívida.

6.3. No tocante aos honorários advocatícios, a Corte Especial, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.028.855-SC, sedimentou o entendimento de que, na fase de cumprimento de sentença, havendo o adimplemento espontâneo do devedor no prazo fixado no art. 475-J do CPC, não são devidos honorários

advocatícios, uma vez desnecessária a prática de quaisquer atos tendentes à satisfação forçada do julgado.

A culta Relatora, Ministra Nancy Andrighi, proferiu brilhante voto, do qual se extrai o seguinte excerto:

Entretanto, conforme bem ressalta Alexandre Freitas Câmara, “o fato de se ter alterado a natureza da execução de sentença, que deixou de ser tratada como processo autônomo e passou a ser mera fase complementar do mesmo processo em que aquele provimento é proferido, não traz nenhuma modificação no que diz respeito aos honorários advocatícios (...). A idéia de que havendo um só processo só pode haver uma fixação de verba honorária foi construída em uma época em que o Código de Processo Civil albergava o modelo liebmaniano da separação entre o processo de conhecimento e o processo executivo, e não pode ser simplesmente transplantada para os dias atuais como se nada tivesse mudado no CPC” (A Nova Execução de Sentença. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, 3ª ed., p. 122-123).

[...]

No mais, o fato da execução agora ser um mero “incidente” do processo não impede a condenação em honorários, como, aliás, ocorre em sede de exceção de pré-executividade, na qual esta Corte admite a incidência da verba. Confira-se, nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp n. 737.767-AL, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 22.5.2006; REsp n. 751.400-MG, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 19.12.2005; e AgRg no REsp n. 631.478-MG, 3ª Turma, minha relatoria, DJ de 13.9.2004.

Outro argumento que se põe favoravelmente ao arbitramento de honorários na fase de cumprimento da sentença decorre do fato de que a verba honorária fixada na fase de cognição leva em consideração apenas o trabalho realizado pelo advogado até então. E nem poderia ser diferente, já que, naquele instante, sequer se sabe se o sucumbente irá cumprir espontaneamente a sentença ou se irá opor resistência.

Contudo, esgotado *in albis* o prazo para cumprimento voluntário da sentença, torna-se necessária a realização de atos tendentes à satisfação forçada do julgado, o que está a exigir nova condenação em honorários, como forma de remuneração do advogado em relação ao trabalho desenvolvido nessa etapa do processo.

Do contrário, o advogado trabalhará sem ter assegurado o recebimento da respectiva contraprestação pelo serviço prestado, caracterizando inclusive ofensa ao art. 22 da Lei n. 8.906/1994 – Estatuto da Advocacia, que garante ao causídico a percepção dos honorários de sucumbência.

Nesse ponto, o que releva destacar, apenas, é que, com o advento da Lei n. 11.232/2005, a incidência de novos honorários pressupõe o esgotamento do prazo

legal para o cumprimento espontâneo da condenação. Sem que ele se escoe não há necessidade de praticar quaisquer atos jurisdicionais, donde o descabimento daquela verba.

O aresto recebeu a seguinte ementa:

Processo Civil. Cumprimento de sentença. Nova sistemática imposta pela Lei n. 11.232/2005. Condenação em honorários. Possibilidade.

- A alteração da natureza da execução de sentença, que deixou de ser tratada como processo autônomo e passou a ser mera fase complementar do mesmo processo em que o provimento é assegurado, não traz nenhuma modificação no que tange aos honorários advocatícios.

- A própria interpretação literal do art. 20, § 4º, do CPC não deixa margem para dúvidas. Consoante expressa dicção do referido dispositivo legal, os honorários são devidos "nas execuções, embargadas ou não".

- O art. 475-I, do CPC, é expresso em afirmar que o cumprimento da sentença, nos casos de obrigação pecuniária, se faz por execução. Ora, se nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, a execução comporta o arbitramento de honorários e se, de acordo com o art. 475, I, do CPC, o cumprimento da sentença é realizado via execução, decorre logicamente destes dois postulados que deverá haver a fixação de verba honorária na fase de cumprimento da sentença.

- Ademais, a verba honorária fixada na fase de cognição leva em consideração apenas o trabalho realizado pelo advogado até então.

- Por derradeiro, também na fase de cumprimento de sentença, há de se considerar o próprio espírito condutor das alterações pretendidas com a Lei n. 11.232/2005, em especial a multa de 10% prevista no art.475-J do CPC. Seria inútil a instituição da multa do art. 475-J do CPC se, em contrapartida, fosse abolida a condenação em honorários, arbitrada no percentual de 10% a 20% sobre o valor da condenação. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 1.028.855-SC, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Corte Especial, julgado em 27.11.2008, DJe 5.3.2009).

Não obstante, no caso sob análise, conquanto tenha-se caracterizado o cumprimento espontâneo da dívida, o Tribunal de origem determinou o pagamento de honorários advocatícios pela recorrida no valor de R\$ 4.000,00, o que não pode ser afastado em virtude de recurso exclusivo do exequente, sob pena de *reformatio in pejus*.

7. Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.286.501-GO (2011/0240983-1)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Supermercado Anápolis Ltda.

Advogado: Eduardo Urany de Castro e outro(s)

Recorrido: Haikal Helou

Advogado: Antônio Antenor Rodovalho e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Ação anulatória (art. 486 do CPC). Acórdão da Corte local que, em sede de apelação cível, extinguiu o processo sem resolução do mérito.

Insurgência da autora. 1. Violação ao art. 535 do CPC não configurada. Acórdão hostilizado que enfrentou, de modo fundamentado, todos os aspectos essenciais à resolução da lide. 2. Multa por embargos de declaração protelatórios. Incidência descabida. Manifesto intuito de prequestionamento. Súmula n. 98-STJ. 3. Mérito. Inadequação da via processual eleita. Demanda anulatória (art. 486 do CPC) proposta com o objetivo de desconstituir perícia realizada no curso de demanda indenizatória e, por consequência, tornar insubsistente a sentença, transitada em julgado, que acolheu o pedido valendo-se da prova técnica. Pretensão a ser exercitada mediante ação rescisória (art. 485 do CPC), por se constituir no meio idôneo à impugnação da decisão judicial acobertada pelo manto da coisa julgada material. 4. Recurso parcialmente provido.

A ação anulatória, prevista no art. 486 do Código de Processo Civil, tem cabimento para a desconstituição de atos jurídicos em geral levados a efeito em juízo e alvo de mera homologação judicial. Assim, para que seja utilizada no ataque a sentença transitada em julgado, imperioso é que a atividade exercida pela autoridade judiciária tenha se revestido de caráter meramente secundário, visando apenas conferir oficialidade à vontade manifestada pelos litigantes (acordos, transações etc) ou a emprestar eficácia ao negócio jurídico realizado em procedimento judicial (arrematação, adjudicação etc).

Quando, ao contrário, a sentença acobertada pela eficácia da coisa julgada material, não é meramente homologatória, e deriva do exercício do poder jurisdicional atribuído ao órgão judiciário competente, resolvendo o mérito da lide (art. 269 do CPC), somente poderá ser impugnada por meio do ajuizamento de ação rescisória (art. 485 do CPC), restando imprestável a esse fim a demanda disciplinada no art. 486 do CPC.

A perícia, realizada no curso de procedimento ordinário, é meio de prova que apenas visa a auxiliar o juízo, não vinculando a formação do convencimento do julgador, que pode até mesmo enjeita-la ou julgar a lide de modo contrário às conclusões apontadas na prova técnica.

Logo, mesmo em hipótese na qual a perícia indiscutivelmente influenciou no sentido da solução jurídica adotada pela sentença proferida para deslinde da lide, mantém ela caráter totalmente secundário em relação ao ato judicial, razão por que se revela inócua e equivocada a deflagração de ação anulatória para questionar a validade da prova.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram oralmente o Dr. Gustavo Persch Holzbach, pela parte recorrente: Supermercado Anápolis Ltda. e o Dr. Antônio Antenor Rodvalho, pela parte recorrida: Haikal Helou.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Marco Buzzi, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial, interposto por *Supermercado Anápolis Ltda.*, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que extinguiu ação anulatória (art. 486 do CPC), movida contra Haikal Helou.

O aresto encontra-se assim ementado:

Apelação cível. Ação anulatória de ato jurídico. Laudo pericial. Cálculos. Insurgência. Sentença de mérito. Coisa julgada material. Inadequação da via eleita. Falta de interesse de agir. Extinção do processo sem resolução de mérito.

1 - A ação anulatória, regulada pelo art. 486 do CPC, tem por escopo, anular todos os atos processuais praticados pelas partes e as sentenças homologatórias.

2 - No presente caso, malgrado o apelado afirmar em sua inicial que não é a sentença o objeto da ação anulatória, mas sim os laudos periciais e os cálculos de f. 610 dos Autos de n. 9.870/1990, resta evidente que o possível acolhimento da pretensão inicial implicará na nulidade das sentenças prolatadas nos autos da ação de indenização e dos embargos a execução manejados, cujo o trânsito em julgado já se operou.

3 - Desta feita, inadmissível, pois, a propositura de ação anulatória de ato jurídico para desconstituir sentença de mérito albergada pelo manto da coisa julgada material.

4 - Diante da inadequação de meio utilizado pelo recorrente, já que na presente hipótese deveria ter ajuizado ação rescisória, impõe-se a extinção do processo sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir.

Recurso conhecido e provido.

A parte autora, ora insurgente, opôs embargos declaratórios, que foram rejeitados, com imposição de multa de 1% sobre o valor da causa, aplicada com fulcro no art. 538, parágrafo único, do CPC.

Irresignada, então, deduziu o presente recurso especial, nele alegando ofensa aos artigos 145, §§ 1º e 2º, 468, 535, II, parágrafo único, e 538 do CPC, 169 do CC, e 7º, c, e 13, ambos da Lei n. 5.194/1966.

Sustenta, em suma:

- a) negativa de prestação jurisdicional, ensejando a nulidade do acórdão;
- b) ausência de caráter procrastinatório dos embargos de declaração, opostos com nítido intuito de prequestionamento, o que justificaria a exclusão da multa prevista no art. 538 do CPC; e

c) no mérito, busca reverter a decisão proferida na Corte local, asseverando que “*conquanto se tenha entendido por inexistente o interesse de agir, tal entendimento foi lastreado na tese de inadequação da medida adotada, posto que, sob referido prisma, o correto seria o aviamento de Ação Rescisória e não da Ação Anulatória de ato judicial, cuja previsão encontra respaldo no art. 486 do CPC. Ora, no caso em voga, o pedido formulado tem correção com o direito que se pretendeu ver reconhecido, ou seja, é a Ação Anulatória a medida prevista no ordenamento jurídico vigente para se buscar a nulidade do ato judicial homologatório eivado de vício insanável, nos termos do que preceitua o art. 486 do CPC.*” (e-STJ, fl. 774)

Contrarrazões ofertadas às fls. 863-874.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): 1. Inicialmente, fixa-se a admissibilidade do recurso especial, porquanto a matéria sob discussão - cabimento da ação anulatória, prevista no art. 486 do CPC, para postular a desconstituição de perícia e, conseqüentemente, da sentença que a tomou por base - restou devidamente prequestionada nas instâncias ordinárias.

Outrossim, a tese recursal adstringe-se à discussão do direito aplicável à espécie, não demandando, o seu julgamento, reapreciação de provas ou discussão dos fatos já bem delineados no aresto hostilizado.

Posto isso, passa-se ao exame das matérias deduzidas no recurso especial.

2. Não encontra amparo o inconformismo pertinente à alegação de ofensa ao art. 535, II, do CPC.

A Corte de origem enfrentou todas as questões jurídicas relevantes para a solução da controvérsia, sobrevindo, porém, conclusão em sentido contrário ao almejado pela recorrente.

Assim, não há vício que possa nulificar o acórdão recorrido ou ensejar em negativa de prestação jurisdicional, mormente na espécie em que a recorrente sequer especificou quais temas deixaram de ser apreciados pela Corte de origem.

Esclareça-se que o órgão colegiado não está obrigado a repelir todas as alegações expendidas em sede recursal, pois basta que se atenha aos pontos relevantes e necessários ao deslinde do litígio e adote fundamentos que se mostrem cabíveis à prolação do julgado.

Nesse sentido:

Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Art. 535 do CPC. Ausência de ofensa. Agravo retido. Julgamento preliminar em apelação. Art. 523 do CPC. Divergência jurisprudencial. Súmula n. 13-STJ. 1. Considera-se improcedente a arguição de ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal a quo pronuncia-se, de forma motivada e suficiente, sobre os pontos relevantes e necessários ao deslinde da controvérsia. 2. O agravo retido deve ser conhecido preliminarmente pelo Tribunal de origem quando do julgamento da apelação. Art. 523 do CPC. 3. A admissibilidade de recurso especial fundado na alínea c do permissivo constitucional pressupõe que Tribunais distintos tenham interpretado um mesmo tema de maneira divergente. Súmula n. 13-STJ. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag n. 1.349.305-MG, Quarta Turma, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe 19.5.2011).

3. De outro vértice, impõe-se a exclusão da multa aplicada pela Corte local quando do julgamento dos embargos declaratórios, pois não configurada a hipótese prevista no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Examinando o acórdão proferido na apelação, constata-se que os embargos declaratórios foram manifestados com o intento de prequestionar a matéria enfocada no âmbito do apelo especial (cabimento da ação anulatória do art. 486 do CPC para desconstituir perícia realizada no curso de procedimento ordinário).

Assim, ausente o caráter protelatório, aplicável ao caso a previsão constante da Súmula n. 98 desta Corte: *“Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório”*.

Neste ponto, dá-se provimento ao recurso.

4. De rigor a manutenção do acórdão hostilizado, porquanto andou bem o Tribunal a quo ao constatar a manifesta inadequação da via processual eleita.

No caso, a ora recorrente ajuizou ação anulatória do art. 486 do CPC, no intuito de, primeiramente, desconstituir perícia levada a efeito nos autos de anterior demanda indenizatória, sob a alegação de conluio entre o *expert* nela nomeado e a autora daquela ação (ré na presente anulatória) e, por consequência, tornar insubsistente a sentença que acolheu o pedido, fundamentalmente tomando por base a prova técnica.

Em primeiro grau de jurisdição, o togado julgou procedente o pedido deduzido nesta anulatória, declarando a nulidade dos atos judiciais que determinaram a nomeação de Minervino Francisco de Oliveira para a realização das perícias a ele designadas, nestes termos:

“Da documentação juntada com a inicial (fls. 29-174) consta uma declaração pública do advogado nomeado perito, que tem valor probante nos termos do art. 217 do CC, que vale a pena transcrever:

(...) que na data de 15.5.1990, foi nomeado perito pelo então Juiz de Direito da 1ª Vara Cível desta comarca, Dr. Antônio Lenes de Araújo, com o propósito de realizar levantamentos no prédio comercial situado à Rua Engenheiro Portela, n. 10, centro, nesta cidade, tendo em vista que havia sido proposta Ação de Indenização (n. 9.543/89), pelo locador (Haikal Helou) em desfavor da Locatária (Supermercado Anápolis Ltda.). Na ocasião da confecção do Laudo Pericial (fls. 92-98, dos Autos n. 9.543/89), o Locador Sr. Haikal Helou forneceu-lhe as informações necessárias para a formulação das respostas aos quesitos formulados por ambas as partes e, no mesmo ato, encaminhou-lhe as fotografias anexadas ao trabalho. Tal situação se deu em razão da amizade existente entre o declarante e o Locador e ainda visando evitar que o mesmo comparecesse ao imóvel para a efetivação de tais levantamentos. Idêntico procedimento foi adotado para a confecção do Laudo Pericial de fls. 27-62 dos Autos n. 9.538/1989 da Ação Cautelar de Produção Antecipada de Provas em que figurou como requerente Haikal Helou e como requerida Supermercado Anápolis Ltda.

Declarou, ainda, que nunca cursou faculdade de engenharia, arquitetura ou agronomia e, portanto, não possui qualificação técnica para a realização de estudos, projetos, análises, avaliações, vistorias, perícias, pareceres e divulgação técnica em imóveis.

Dessa forma, acreditou que sua nomeação se deu apenas pro questões de cunho subjetivo do condutor do feito e pelo seu conhecimento jurídico na condição de advogado militante nesta Comarca, de forma que, os valores apontados nos Laudos Periciais de fls. 92-89 dos autos n. 9.543/89 e fls. 27-62 dos Autos n. 9.538/89 foram apurados pelo próprio Locador, com base em informações colhidas pelo mesmo junto a fontes desconhecidas e posteriormente repassada a ele par inserção nas perícias elaboradas. (...)”

O direito do autor em ver esclarecidas as questões postas em juízo, possuem amparo nos fatos, uma vez que, da comparação dos laudos periciais inquinados de nulidade, com o parecer técnico juntado com a inicial, resulta uma grande discrepância, que, se confirmada, fulminará a certeza e a liquidez dos títulos exequendos.

(...) Assim, ao teor do disposto nos artigos 485 e 486, do Código de Processo Civil, a alegação de trânsito em julgado e de preclusão não impedem a rescisão dos atos impugnados, pois é perfeitamente possível o ajuizamento de ação anulatória para desconstituir o ato judicial, mesmo após a ocorrência da preclusão máxima que é a coisa julgada formal.”

O Tribunal local, modificando tal entendimento, firmou convicção no sentido de que “*o meio processual hábil para se alcançar a tutela pretendida seria a ação rescisória, haja vista que, havendo incidência de coisa julgada na matéria em discussão, ocorre, em regra, a impossibilidade de rediscussão da sentença de mérito, exceto em situações excepcionais previstas no Código de Processo Civil.*”

Com efeito, a ação anulatória, prevista no art. 486 do Código de Processo Civil, tem cabimento para a desconstituição de atos jurídicos em geral levados a efeito em juízo e alvo de mera homologação judicial.

A propósito, dispõe o art. 486 do Código de Processos:

Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

Assim, para que a demanda anulatória seja utilizada no ataque à sentença transitada em julgado, imperioso é que a atividade exercida pela autoridade judiciária tenha se revestido de caráter meramente secundário, visando apenas conferir oficialidade à vontade manifestada pelos litigantes (acordos, transações etc) ou a emprestar eficácia ao negócio jurídico realizado em procedimento judicial (arrematação, adjudicação etc).

Nos casos em que, ao contrário, a sentença acobertada pela eficácia da coisa julgada material, não é meramente homologatória, e deriva do exercício do poder jurisdicional atribuído ao órgão judiciário competente, resolvendo o mérito da lide (art. 269 do CPC), somente poderá ser impugnada por meio do ajuizamento de ação rescisória (art. 485 do CPC), restando imprestável a esse fim a demanda disciplinada no art. 486 do CPC.

Vale destacar que a perícia, realizada no curso de procedimento ordinário, de modo algum, enquadra-se dentre os atos jurídicos rescindíveis nos termos do art. 486 do CPC, por não deter potencialidade de existir autonomamente no mundo jurídico.

Trata-se de meio de prova que apenas visa a auxiliar o juízo, não vinculando a formação do convencimento do julgador, que pode até mesmo enjeita-la ou julgar a lide de modo contrário às conclusões apontadas na prova técnica.

Logo, mesmo quando a perícia indiscutivelmente influenciou no sentido da solução jurídica adotada pela sentença proferida para deslinde da lide, mantém ela caráter totalmente secundário em relação ao ato judicial, de simples

elemento cognitivo, razão pela qual se revela inócua e equivocada a deflagração de ação anulatória para questionar a validade da prova.

Ademais, entendimento em sentido oposto conferiria maior relevância jurídica à prova técnica pericial do que à atividade jurisdicional, raciocínio totalmente inconcebível.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

Processual Civil. Ação anulatória. Anulação de ato do juiz ou de auxiliares da justiça. Não cabimento. Exegese do art. 486 do CPC.

Cabível a ação anulatória tão somente para os atos praticados pelas partes, ou seja, os atos processuais.

1. Pretende a recorrente desconstituir ato judicial de intimação realizado por auxiliares da Justiça, no âmbito de Ação Monitória por ela proposta e extinta sem julgamento de mérito, sob o fundamento de que tal ato seria inválido, em função dos limites impostos pelo art. 236, § 1º, do CPC, bem como da jurisprudência desta Corte.

2. *A Ação Anulatória visa a desconstituição de atos judiciais praticados pelas partes em juízo, dependente ou não de sentença homologatória. O ato processual de que cuida é ato jurídico praticado ou inserido no processo, emanado de declaração da vontade humana. Isso, porque os "atos judiciais" a que se refere o art. 486 do CPC são os atos realizados "em juízo", não os atos do juiz ou dos auxiliares de justiça. (MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. In: Ação Anulatória: art. 486 do CPC, 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 49-67.)*

3. *Dessarte, inexistente no sistema processual vigente a possibilidade de anular o ato de juiz ou de auxiliares da justiça pela estreita via da Ação Anulatória.*

4. Acrescente-se que, ainda que se concebam, dentro do princípio da instrumentalidade das formas, a fungibilidade da Ação Anulatória e da Ação Rescisória, *in casu*, tal possibilidade é vedada diante da ausência de julgamento do mérito da Ação Monitória.

Recurso especial improvido.

(REsp n. 1.197.027-RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16.9.2010, DJe 27.10.2010).

Processual Civil. Sentença homologatória de cálculos.

Desconstituição. Ação rescisória. Cabimento. Precedentes.

1. *Consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial, a ação anulatória prevista no art. 486 do Código de Processo Civil tem cabimento para a invalidação dos atos praticados pelas partes em juízo, que independem de sentença, ou para*

aqueles em que a sentença é meramente homologatória, o que não se verifica na hipótese dos autos.

2. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 772.759-SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 15.3.2007, DJ 14.5.2007, p. 377).

O expediente processual adequado, na espécie, seria ação rescisória, lastrada na tese de falsidade da perícia (art. 485, VI, do CPC).

A saber:

Processual Civil. Desapropriação. Serra do mar. Ação rescisória. Embargos de declaração. Erro material. Premissa do voto-condutor equivocada. Erro material. Prova pericial falsa. Falta de correspondência entre o objeto periciado e o laudo produzido. Fortes indícios de falsidade constantes dos autos. Apuração no âmbito da ação. Nova perícia. Deferimento.

1. Hipótese em que a decisão monocrática do relator, deferindo a produção de provas requerida pelo autor, foi reformada em Agravo Regimental.

2. Patente o erro material no acórdão embargado, pois o voto-condutor fundou-se na premissa equivocada de que o Estado “protestou, apenas, pela juntada de documentos referentes a engenheiros florestais que atuaram no feito original” (fl. 628, grifei). No entanto, na petição inicial, o Estado insurgiu-se contra a “falsidade da prova pericial a ser provada no curso da lide” (fl. 28) e manifestou-se “pela prova do alegado por todos os meios admitidos em juízo, sem exceção de nenhum” (fl. 31, grifei).

Posteriormente, o pedido de produção de prova, especificamente a pericial, foi reiterado pelo autor e deferido pelo e. relator, Ministro Garcia Vieira, cuja decisão foi reformada pelo acórdão ora embargado.

3. Evidente que, para que se prove que a perícia anterior é falsa, é imprescindível deferir a produção da prova requerida pelo autor.

Entender de maneira diversa seria dar com uma mão (admitir a Rescisória em caso de prova cuja falsidade se demonstra no curso do processo - art. 485, VI, do CPC) e tirar com outra (impedir a dilação probatória).

4. *É admissível Ação Rescisória fundada no art. 485, VI, do CPC em que se alega a falsidade da prova pericial por conta da falta de correspondência entre o objeto analisado e o laudo produzido.*

Precedente: AgRg na AR n. 3.290-SP, j. 12.9.2007.

5. Hipótese em que os autos estão instruídos com elementos que apontam fortes indícios de falsidade.

6. Precatório no valor de R\$ 98.517.504,90 (noventa e oito milhões, quinhentos e dezessete mil, quinhentos e quatro reais e noventa centavos), referente à área de 795,10ha afetados pelo Parque Estadual da Serra do Mar (R\$ 123.905,80 por hectare, em valores relativos às parcelas depositadas entre 2003 e 2005, atualizados monetariamente até maio de 2008).

7. Desnecessário, em Ação Rescisória como esta em julgamento, perquirir a atitude psicológica ou íntima do perito, se houve simples erro ou deliberada intenção de prejudicar a cognição do Judiciário, importando apenas aferir, objetivamente, a correspondência entre o conteúdo do laudo pericial e a realidade que se propôs apurar e relatar.

8. Indeferir a produção de nova perícia no âmbito de Ação Rescisória, apesar dos fortes indícios de falsidade constantes dos autos, seria negar ao autor a possibilidade de comprovar suas alegações, como autorizado pelo art. 485, VI, do CPC. Precedente: AgRg na AR n. 3.290-SP, j. 12.9.2007.

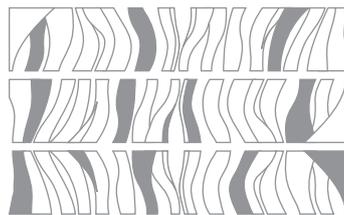
9. Embargos de Declaração acolhidos, com efeitos infringentes.

(EDcl no AgRg na AR n. 2.013-SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 14.5.2008, DJe 23.9.2009).

Imperiosa, assim, a confirmação do aresto estadual quanto à extinção do processo sem resolução do mérito.

4. Do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial, apenas para afastar a multa imposta em sede de embargos de declaração pelo Tribunal local.

É como voto.



Terceira Seção

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 116.490-DF (2011/0067900-1)

Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ)

Suscitante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Suscitado: Juízo de Direito da 5ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília-DF

Suscitado: Juízo de Direito da 2ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais de Brasília-DF

Suscitado: Tribunal de Justiça do Estado do Piauí

Suscitado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

Interessado: J P

Interessado: G J M

Interessado: C A B de A

Interessado: A R da S

Interessado: N P da S

EMENTA

Processual Penal. Conflito de competência. Alegado conflito positivo de competência. Inexistência. Juízos suscitados que proferiram decisões convergentes.

1. Para que se configure conflito positivo de competência é necessário que dois Juízos se declarem competentes para apreciar a *quaestio*.

2. Trata-se, *in casu*, de juízos tidos por competentes, que decidiram harmonicamente, não havendo conflito entre suas decisões.

3. Conflito de competência não conhecido.

ACÓRDÃO

Retomado o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Jorge Mussi acompanhando o Relator, não conhecendo do conflito, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Sebastião Reis Junior e o voto do Sr. Ministro Vasco Della

Giustina, acompanhando a divergência, conhecendo do conflito, vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, em não conhecer do conflito, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Vencidos o Srs. Ministros Og Fernandes, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) e Napoleão Nunes Maia Filho. A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Jorge Mussi e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Vencidos o Srs. Ministros Og Fernandes, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) e Napoleão Nunes Maia Filho.

Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Gilson Dipp e Marco Aurélio Bellizze (Art. 162. § 2º, RISTJ).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ),
Relator

DJe 17.2.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ): Trata-se de conflito de competência suscitado pelo *Ministério Público do Distrito Federal e Territórios* entre os Juízos da 2ª *Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais de Brasília-DF* e do eg. *Tribunal de Justiça do Estado do Piauí*, em face do eg. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*.

Informam os autos que os ora interessados foram denunciados como incurso nas sanções do art. 158, § 1º, do CP, e dos arts. 33 e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006, perante o MM. Juízo da 2ª *Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais da Circunscrição Judiciária de Brasília-DF*.

Trata-se de crime praticado, ao menos em tese, por policiais civis com registro funcional na Polícia Civil do DF, com a participação de um advogado, inscrito na OAB-DF, todos domiciliados no Distrito Federal, onde foi instaurado o inquérito policial e a competente ação penal.

Após o início da persecução penal, um dos acusados logrou eleger-se Vereador em Município do Estado do Piauí, cuja Constituição Estadual prevê o foro especial por prerrogativa de função aos detentores de mandato eletivo de vereador.

Dessa forma, em razão da petição do acusado, eleito vereador, o eg. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí oficiou ao MM. Juízo da 2ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais da Circunscrição Judiciária de Brasília-DF, pelo reconhecimento do foro por prerrogativa de função de um dos acusados.

Na mesma r. decisão, entendeu o MM. Desembargador Relator que os autos não deveriam ser desmembrados, a fim de se preservar a higidez das decisões, evitando julgamentos contrários, atraindo, assim, a competência para o julgamento dos corrêus, nos termos do Enunciado n. 704 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

No mesmo sentido, o MM. Juízo singular do Distrito Federal decidiu pela remessa dos autos àquele eg. Tribunal de Justiça Piauiense, mesmo reconhecendo a possibilidade de desmembramento do feito.

Todavia, um dos denunciados havia impetrado *habeas corpus* perante o eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, julgado à unanimidade pela c. Segunda Turma Criminal, tendo sido determinado que o feito deveria ser processado perante a 2ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais da Circunscrição Judiciária de Brasília-DF, em acórdão cuja ementa é a seguinte, *verbis*:

Habeas corpus. Desmembramento. Remessa dos autos para o Estado do Piauí. Pretensão do paciente em ser processado também naquele Estado. Denegação da ordem.

1. Com efeito, se um dos corrêus, em virtude de foro privilegiado, teve a ação desmembrada em relação à sua pessoa, remetendo-se traslado para o Estado do Piauí, soa estranha a tese do paciente, corrêu, no sentido de também ser processado naquele longínquo estado, ainda mais se os fatos ocorreram neste Distrito Federal, onde reside e atua como advogado.

2. Parecer da d. Procuradoria de Justiça pela denegação da ordem.

3. Ordem denegada.

Assim delimitado o fato, entende o suscitante - o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios - que haveria conflito de competência entre as decisões do eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e do

eg. Tribunal de Justiça do Piauí, acompanhado pelo MM. Juízo da 2ª Vara de Entorpecentes.

Ao fim, requer seja reconhecida a competência do MM. Juízo da 2ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais da Circunscrição Judiciária de Brasília - DF.

Atuando na função de *custus legis*, opina o m. d. Representante do Ministério Público Federal pelo não conhecimento do conflito, em peça assim ementada:

Conflito positivo de competência. Ausência de controvérsia acerca da competência para processo e julgamento de determinado feito. Conflito não conhecido.

1. À luz do artigo 114, inciso I, do Código de Processo Penal, não se conhece de conflito positivo de competência quando não há pronunciamento controverso de dois ou mais juízos, todos se declarando competentes para processar e julgar a mesma causa. Precedente.

2. Parecer por que não seja conhecido o conflito.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ) (Relator): Cuida o presente conflito da pretensão do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, de ver julgados perante o Juízo da 2ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais da Circunscrição Judiciária de Brasília-DF, os 4 (quatro) acusados que não gozam do foro privilegiado por prerrogativa de função, junto ao eg. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

Preliminarmente, algumas considerações devem ser traçadas no presente caso, a fim de que se possa delimitar o perfeito escopo da lide.

Em primeiro lugar, deve ser definido quem são os juízos competentes para julgar o caso, e verificado se há conflito entre seus atos no exercício da jurisdição.

Quando do cometimento do delito, estabeleceu-se a competência da 2ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais da Circunscrição Judiciária de Brasília-DF para instruir e julgar o feito.

Posteriormente, com a eleição de um dos acusados para o cargo de Vereador no Município de São Gonçalo do Gurguéia-PI, requereu-se o deslocamento

da competência, em razão da prerrogativa de foro especial pelo exercício de mandato eletivo previsto na Constituição daquele Estado.

Distribuído o feito, o MM. Desembargador Valério Neto Chaves Pinto reconheceu a existência de acusado com foro por prerrogativa de função e oficiou ao Juízo da 2ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais da Circunscrição Judiciária de Brasília-DF, para que os autos fossem enviados àquela c. Corte.

Em decisão de fls. 773-775 (autos originários) o MM. Juiz singular entendeu ser da competência daquela c. Corte estadual o julgamento do feito sem desmembramento dos autos, sendo certo que tal medida somente poderia ser determinada pelo Juízo com a competência prevalente, ou seja, o Tribunal de Justiça Piauiense.

Ocorre que nesse ínterim, um dos acusados impetrou habeas corpus perante o eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que denegou a ordem para que o feito fosse julgado pelo MM. Juízo da 2ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais da Circunscrição Judiciária de Brasília-DF.

Importante frisar que o eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios não é, até o momento, o juiz natural da causa, tendo se manifestado, exclusivamente, em ordem mandamental impetrada por um dos denunciados.

Assim, entendendo que a competência só poderia se mostrar conflituosa caso as decisões divergentes ocorressem entre o MM. Juízo da 2ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais da Circunscrição Judiciária de Brasília-DF e o Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

Com efeito, para que se configure o conflito é necessária a análise dos atos decisórios proferidos pelos aludidos juízos.

Observa-se, da atenta leitura dos autos, que o MM. Juízo da 2ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais da Circunscrição Judiciária de Brasília-DF, assim que oficiado pelo eg. Tribunal de Justiça do Piauí, reconheceu ser aquela c. Corte estadual o Juízo competente para o julgamento do feito, não havendo entre as r. decisões qualquer conflito de competência, seja ele positivo ou negativo.

Aliás, foi exatamente neste sentido que se manifestou o d. Subprocurador-Geral da República, Dr. Eugênio José Guilherme de Aragão, no bem lançado parecer que ora se transcreve, *in verbis*:

Não é de se conhecer do presente conflito de competência. Nos termos do artigo 114, inciso I, do Código de Processo Penal, há conflito quando dois ou mais órgãos jurisdicionais afirmam sua competência para processar e julgar determinado caso concreto. Ou seja, o conflito positivo de competência advém de pronunciamento controverso de dois ou mais juízos, todos se declarando competentes para a mesma causa.

No entanto, não é essa a hipótese vertente, tendo em vista que o segundo suscitado reconsiderou sua anterior decisão que firmou sua competência e, após a avocação dos autos pelo primeiro suscitado, determinou o encaminhamento dos autos.

In casu, deveria ter o suscitante se utilizado do meio recursal cabível para fazer o controle da decisão do segundo suscitado, qual seja, o recurso em sentido estrito, hipótese prevista no art. 581, II, do CPP.

De todo modo, nos casos em que um dos investigados, dentre vários, detém foro por prerrogativa de função, a decisão acerca de eventual desmembramento de feitos conexos ou continentes cabe ao juízo prevalente, aquele que exerce a *vis atractiva*. Logo, cabe ao TJPI decidir se desmembra ou não o feito. (grifo nosso).

É certo que os recentes precedentes, tanto deste Superior Tribunal de Justiça, quanto do Excelso Pretório, têm aderido ao entendimento de que em casos que tais, há que serem priorizadas a celeridade e a economia processual, mantendo-se, certamente, a segurança jurídica, com a determinação do desmembramento dos feitos. (STJ - Apn n. 425-Es, Corte Especial, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 18.5.2011; STJ - QO na APn n. 514-PR, Rel. Min. Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 28.10.2010, DJe de 7.12.2010; STF - AP n. 396-RO, Rel. Ministra Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 28.4.2011; STF - AP n. 470-MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe de 3.9.2010).

Frise-se, por oportuno, que o processo não foi desmembrado por qualquer dos juízos suscitados, não podendo ser tal providência resolvida no âmbito deste conflito, que apresenta situação fática diversa dos precedentes acima citados.

Todavia, ressalto que o Juízo competente para determinar o desmembramento do feito passou a ser o eg. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, foro com competência prevalente em razão da *vis atractiva* exercida no feito.

Observo, ainda, que o dispositivo da Constituição Estadual do Piauí, no que diz respeito ao foro privilegiado para vereador, é de questionável constitucionalidade, eis que a Carta Magna, no art. 29, inciso X, prescreve,

expressamente, o foro por prerrogativa de função apenas aos detentores de cargo de Prefeito, sem qualquer referência aos Vereadores.

A propósito, sobre o tema, submeti a *quaestio* a julgamento em minha c. Corte de origem, tendo sido vencida a tese por mim defendida perante aquele eg. Tribunal, no sentido de que é inviável, a fixação de foro privilegiado para Vereadores, pela Constituição Estadual.

Todavia, não sendo o eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Juízo competente capaz de ensejar o recurso entre os órgãos jurisdicionais, não se pode conhecer do presente conflito.

Ressalte-se, por oportuno, que em contato telefônico estabelecido com o gabinete do MM. Desembargador Pedro Alcântara, sucessor do Relator originário no eg. TJPI, todos os denunciados já foram notificados por meio de cartas precatórias e apresentaram suas defesas preliminares, o que demonstra o regular andamento do feito, até o momento.

Pelo exposto, *não conheço* do conflito de competência.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Senhora Presidente, o juízo daqui concordou e mandou para lá, e assim criou, a meu ver, uma mácula indelével para a boa atuação da jurisdição, deixando uma nulidade guardada *ad futurum*. Quando sobrevier uma decisão, qualquer que seja, poderá haver - poderá haver, não -, haverá, com toda a certeza, a alegação de irregularidade no julgamento pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí porque, na prática, promoveu-se o remembramento do processo.

2. A regra é o sujeito ser julgado no foro onde ocorreu o ilícito, o chamado distrito da culpa, na linguagem do Código de Processo Penal, de 1941. A meu ver, o desmembramento já é uma exceção. Mandar-se o Vereador Piauiense para ser julgado lá já é uma exceção, e terminou a exceção tendo a força atrativa do restante do processo.

3. Penso, com a devida vênia do meu prezado professor e mesmo guru, Adilson Vieira Macabu, que é o caso de se dizer: o Vereador Piauiense será julgado lá, e os quatro outros réus serão julgados no distrito da culpa, porque o desmembramento, volto a dizer, ou seja, a remessa desse feito para o Piauí já é uma *exceptio jurisdictionis*.

4. Peço vênia para entender que há uma conflito no caso, independentemente de o Juiz ter concordado, porque o Juiz não dispõe da jurisdição como se fosse algo próprio ou da sua livre disposição. S. Exa. não pode fazer isso. Nem o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí pode pedir os processos do Distrito Federal, nem o juiz do Distrito Federal pode concordar com isso. Ainda que ocorra o pedido e ocorra a aquiescência, isso não muda a competência. A competência é a do distrito da culpa, a meu ver, Senhor Ministro Jorge Mussi, que é a legal. Um acerto, um acordo, uma relação cavalheiresca entre o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí e o Juízo do Distrito Federal, penso eu, não tem o condão de alterar a regra competencial, embora tenha o condão de estabelecer muitas outras relações igualmente importantes.

5. Daí por que, Senhora Presidente, conheço do conflito de competência, tendo em vista a peculiaridade do caso concreto, e voto no sentido de assim se definir: o indiciado ou o réu, que tem foro *ratione officii*, responderá, por exceção, no Piauí; os demais responderão no distrito da culpa.

6. Peço vênia pela ousadia de discordar do Senhor Ministro Adilson Vieira Macabu, que, sempre e invariavelmente, produz votos da mais rigorosa e acertada diretriz.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Og Fernandes: O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios sustenta a existência de conflito positivo de competência entre o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

Alega que o delitos previstos nos arts. 158, § 1º, do Código Penal, e arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006 supostamente praticados por policiais civis domiciliados no Distrito Federal estavam sob apuração perante o Juízo da 2ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais da Circunscrição Judiciária de Brasília-DF. O Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, por sua vez, avocou a competência para o processamento do feito, sustentando o foro por prerrogativa de um dos investigados.

Informa, entretanto, que existe decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios determinando que o processo deve prosseguir perante o Juízo local.

O Eminentíssimo Relator, Min. Adilson Macabu, votou pelo não conhecimento do presente incidente. Sua Excelência entendeu que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios não é o juízo natural da causa e a manifestação exclusivamente em sede de *habeas corpus* não é apta a configurar o conflito de competência nos moldes legais. Acrescentou ainda que o Juízo de Brasília, assim que oficiado pelo Tribunal de Justiça do Piauí, reconheceu aquela Corte competente para o processamento da ação penal.

Em prosseguimento, o Eminentíssimo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho abriu divergência, e votou pelo conhecimento do conflito de competência. Declarou competente o Tribunal de Justiça do Piauí para o processamento do feito referente ao investigado eleito vereador piauiense e os demais corréus perante o Juízo de Brasília.

Pedi então vista dos autos.

De início, verifica-se que existe decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí reconhecendo-se competente para o julgamento do feito, e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal declarou a competência do Juízo da 2ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais da Circunscrição Judiciária de Brasília-DF para o julgamento de corréu. Como é cediço o Juízo de primeiro grau está subordinado às decisões do Tribunal ao qual está vinculado.

Nesse contexto, uma vez que os Tribunais de Justiça envolvidos emitiram pronunciamento sobre a competência para o processamento do feito é de se reconhecer que de fato existe conflito positivo de competência a ser apreciado por esta Corte, na forma como previsto no art. 114, I e II, do Código de Processo Penal.

Quanto ao mérito, nos termos do art. 80 do Código de Processo Penal, o desmembramento da ação penal é facultativo e justificado quando o órgão judicial reconhece motivo relevante.

No caso vertente, os fatos delituosos foram, em tese, praticados em Brasília, e a competência para o processo de apenas um dos investigados é atribuída à Justiça do Estado do Piauí em razão da prerrogativa de foro do investigado.

Assim, é de se reconhecer que o desmembramento do feito no presente caso encontra guarida na conveniência à instrução criminal pelo qual se norteiam as decisões desta Corte em casos semelhantes. Confirma-se:

Questões de ordem. Ação penal originária. Processual Penal. Desmembramento. Inteligência do art. 80 do Código de Processo Penal. Possibilidade.

I - Nos termos do art. 80 do Código de Processo Penal, o desmembramento da ação penal é facultativo e justificado quando o órgão judicial reconhece motivo relevante, consistente, na espécie, no fato de que apenas um dos réus tem foro por prerrogativa de função nesta Corte, não requereu nenhuma diligência final, além do que parte das provas postuladas não lhe dizem respeito, se afigurando, agora, a desnecessidade de prosseguimento conjunto com elevado número de réus, em prejuízo da razoabilidade do tempo de duração do processo.

II - Questão de ordem do réu Augusto Falcão Lopes deferida.

Prejudicado o pedido do denunciado João Mendes Benigno Filho.

(QO na APn n. 331-PI, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Corte Especial, julgado em 16.12.2009, DJe 18.12.2009).

Diante do exposto, pedindo vênias ao Relator, conheço do conflito para determinar competente o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí a fim de processar o feito relativo ao investigado com prerrogativa de foro e quanto aos demais corréus que sejam processados pelo Juízo da 2ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais da Circunscrição Judiciária de Brasília-DF.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de Conflito Positivo de Competência suscitado pelo *Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, apontando como Juízos conflitantes o *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios* e o *Tribunal de Justiça do Estado do Piauí*.

Noticiam os autos que 3 agentes da polícia civil do DF e 1 advogado militante em Brasília-DF eram alvos de investigação pela possível prática dos crimes de roubo majorado, extorsão mediante sequestro, tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico.

O Juízo de Direito da 2ª Vara de Entorpecentes da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília-DF (juízo processante do IPL n. 2007.01.1.014475-6), aos 13.10.2009, acolhendo manifestação do próprio órgão acusador às fls. 348-356 dos autos originais, declinou da competência em relação ao acusado Joatan Lustosa Gama ao Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, diante de sua diplomação no mandato de vereador da cidade de São Gonçalo do Gurguéia-PI, nos termos da Constituição daquele Estado da Federação, desmembrando, contudo, os autos em relação aos demais investigados que permaneceriam sob sua competência (e-STJ fls. 202-204).

De seu turno, o Exmo. Sr. Desembargador *Valério Neto Chaves Pinto*, relator do Inquérito Policial n. 2009.0001.004228-9 no *Tribunal de Justiça do Piauí*, em atenção ao solicitado pela defesa do vereador acusado, entendeu, aos 22.9.2010, por *avocar* a competência para processar e julgar os demais corréus, nos termos da Súmula n. 704 do STF, visando evitar possíveis decisões “diferentes para condutas, em tese, tidas como idênticas” (e-STJ fls. 254-255).

Ciente da decisão tomada pelo Desembargador relator, o *Juízo de Direito da 2ª Vara de Entorpecentes da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília-DF*, acatou, aos 21.1.2011, o entendimento de Sua Excelência, reconhecendo haver “mesmo possibilidade de decisões conflitantes” (e-STJ fl. 256-257).

Aduz o órgão ministerial, suscitante do presente conflito, que a decisão do *Juízo da 2ª Vara de Entorpecentes da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília-DF* *afrontou* entendimento do *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*, tomado nos autos do HC n. 2009.00.2.015256-0 (DJe de 11.1.2010), que denegou pedido do corréu *Nivaldo Pereira da Silva* para que o processamento das investigações e da futura ação penal ocorresse perante o *Tribunal de Justiça do Piauí*.

Daí porque, haveria conflito positivo de competência entre o *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios* e o *Tribunal de Justiça do Estado do Piauí*.

Pugna pelo reconhecimento da competência do *Juízo de Direito da 2ª Vara de Entorpecentes da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília-DF*, para processamento e julgamento da ação penal.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do conflito (e-STJ fls. 287-289).

Levado o feito a julgamento em 22.6.2011 pelo Excelentíssimo Senhor Ministro *Adilson Vieira Macabu*, Relator, sua Excelência votou pelo **não conhecimento** do conflito, no que foi acompanhado pela Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*.

Ato contínuo, o Excelentíssimo Senhor Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho* proferiu o seu voto, **conhecendo** do conflito e fixando a competência do *Juízo de Direito da 2ª Vara de Entorpecentes da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília-DF*.

O Excelentíssimo Senhor Ministro *Og Fernandes*, então, pediu vista antecipada, e aos 28.9.2011, apresentou voto *acompanhando a divergência*.

Diante das dúvidas surgidas no transcorrer da sessão, pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

É o relatório.

Srs. Ministros.

Busca o suscitante a fixação da competência do *Juízo de Direito da 2ª Vara de Entorpecentes da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília-DF*, “não apenas pelo fato de que aqui ocorreram os crimes e aqui residem as testemunhas, mas, principalmente, porque quase todos os denunciados são policiais civis do Distrito Federal, o que realça a importância da questão sob a ótica da segurança pública desta unidade da federação e mais recomenda a proximidade com a futura ação penal” (e-STJ fl. 17).

Pois bem.

“A união de processos em razão da conexão tem, entre outras, a finalidade de tornar melhor a apreciação da prova pelo juiz, evitando-se, por conseguinte, decisões conflitantes. Todavia, há casos em que essa reunião se torna inconveniente, razão pela qual faculta ao juiz o art. 80 do Código de Processo Penal a separação dos processos pelos motivos constantes neste dispositivo (*v.g.* circunstâncias de tempo e de lugar diferentes, excessivo número de acusados ou para não prolongar a prisão provisória) ou por outro motivo relevante” (HC n. 46.633-PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 20.3.2006).

No caso em exame me parece, *embora em uma reflexão puramente perfunctória*, que o desmembramento do feito se mostrava o mais aconselhável, seja pela conveniência da instrução criminal, seja pela prevalência do interesse público (réus servidores públicos desta unidade da federação), seja pela possível economia processual.

Contudo, após atentas leitura dos autos e dos sempre profícuos votos dos que me antecederam neste julgamento, tenho que a via eleita pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios não se mostra adequada para a obtenção de seu objetivo.

De fato, como bem proclamou o Ministro *Adilson Macabu*, “para que se configure conflito positivo de competência é necessário que dois Juízos se declarem competentes para apreciar a *quaestio*” e na hipótese em exame, isso não ocorre.

Ao contrário, o Juízo de Direito da 2ª Vara de Entorpecentes da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília-DF *acatou* os fundamentos da

decisão do Desembargador do Tribunal de Justiça do Piauí, declinando de sua competência para aquele Sodalício, *evitando*, inclusive, suscitar um conflito positivo de competência, *verbis* (e-STJ fls. 256-258):

Analisando-se os diversos dispositivos do Código de Processo Penal atinentes ao tema competência chega-se à conclusão de que o já referido Tribunal tem legitimidade para o ato advocatório, inclusive porque bem fundamentada a decisão, havendo mesmo possibilidade de decisões conflitantes.

É verdade que ao lado da razão para a reunião dos processos (possibilidade de decisões conflitantes), em tese, poderia também haver razão igualmente forte para a separação dos feitos (conveniência da instrução criminal), mas este último argumento perde força à medida em que se vê que o Juízo prevalente não vislumbra as hipotéticas dificuldades para a rápida entrega da prestação jurisdicional. Tanto assim que várias medidas processuais já foram determinadas no Estado do Piauí em relação a todos os acusados.

Ainda que este Juízo persistisse no entendimento de que a melhor solução para a entrega da prestação jurisdicional fosse mesmo a separação dos processos, o que lhe restaria - diante do ato advocatório - seria a suscitação de um conflito positivo de competência perante o Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente decidindo, em casos análogos, que o órgão jurisdicional responsável pelo julgamento daquele que possui foro privilegiado acaba por ter prorrogada sua competência para processamento e julgamento dos demais acusados.

(...)

*Assim sendo, **acato** entendimento do Tribunal de Justiça do Piauí e decido que está prorrogada a competência do Tribunal de Justiça do Piauí para processamento e julgamento de todos os acusados.*

Ora, eventual desacerto desta decisão não poderia ser atacado pela presente via, pois como já tive oportunidade de afirmar, o Conflito de Competência não possui natureza jurídica de “ação incidental”, é “*incidente do processo*”, não lhe podendo atribuir sequer *natureza recursal*.

Não havendo direito subjetivo a ser tutelado, não se pode falar em partes, mas sim em meros interessados, fato que justifica a irrecorribilidade das decisões que resolvem os conflitos.

Ademais, as decisões que firmam a competência não fazem coisa julgada material, podendo ser revistas diante da ocorrência de fatos novos que autorizem sua modificação.

Com estas considerações, pedindo vênias aos que de modo diverso pensam, *acompanho* o Eminentíssimo Ministro *Adilson Vieira Macabu* para *não conhecer* do presente conflito de competência.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Senhora Presidente, já tinha firmado, na primeira oportunidade, a minha convicção no sentido de acompanhar o voto do Sr. Ministro Relator e também *não conhecer* do conflito de competência.

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Sra. Presidente, conheço do conflito de competência nos termos do voto do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho e do voto do Sr. Ministro Og Fernandes, que acompanhou o voto de S. Exa.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 121.666-RJ (2012/0058326-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Suscitante: Juízo de Direito da Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro-RJ

Suscitado: Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Rondônia

Interessado: Justiça Pública

Interessado: Isaías da Costa Rodrigues (preso)

EMENTA

Conflito de competência previsto no § 5º, do art. 10, da Lei n. 11.671/2008. Execução penal. Prorrogação do cumprimento da

pena em presídio de segurança máxima. Inteligência combinada dos arts. 3º e 10, § 1º, também da Lei n. 11.671/2008. Excepcional necessidade demonstrada no caso. Decisão concretamente motivada pelo juízo de origem. Impossibilidade de o magistrado federal que processa a execução penal avaliar, de ofício, a motivação do referido *decisum*, mormente invalidá-lo. Ausência de qualquer competência, hierarquia ou jurisdição para tanto. Conflito conhecido, para declarar a competência do juízo suscitado para processar a execução no estabelecimento prisional de segurança máxima. Mantida hígida a renovação do prazo para permanência do condenado em penitenciária federal, conforme determinado pelo juízo de origem.

1. Segundo combinação de regras constantes de dispositivos da Lei n. 11.671/2008, é possível a excepcional renovação do prazo para que Acusado permaneça em estabelecimento prisional de segurança máxima, desde que a “medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório” (art. 3º), e tenha sido determinada “motivadamente pelo juízo de origem” (art. 10, § 1º).

2. No caso há elementos concretos que justificam a prorrogação da medida pelo Juiz Estadual. Segundo esclarecimentos do serviço de inteligência da Secretaria de Estado de Segurança Pública do Rio de Janeiro, o ora Interessado ainda é líder do *Comando Vermelho* e se vale de amigos e principalmente parentes para continuar suas atividades no crime organizado, tanto que, no final de 2009 – quando já se encontrava há cerca de três anos em presídio federal –, a Polícia Civil carioca desarticulou quadrilha integrada principalmente por familiares e pessoas próximas do Condenado. Ainda, segundo os autos, os líderes da referida facção criminosa vinham elaborando planos para desestruturar a política de segurança pública instituída no Rio de Janeiro, para que voltassem a dominar comunidades pacificadas.

3. Cabe apenas à Defesa, ou até mesmo o Ministério Público, impugnar o encaminhamento ou renovação da permanência de Acusado em estabelecimento de segurança máxima. Não pode o Magistrado Federal que processa a execução penal avaliar de ofício a motivação do referido *decisum*, mormente invalidá-lo, pois não detém qualquer competência, hierarquia ou jurisdição para tanto.

4. Conflito conhecido, nos moldes do § 5º, do art. 10, da Lei n. 11.671/2008, e declarada a competência do Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Rondônia (Criminal e Execução Penal), ora suscitado, para processar a execução de *Isaías da Costa Rodrigues* durante o período em que se encontrar no estabelecimento prisional de segurança máxima. Mantida hígida a renovação do prazo para sua permanência na Penitenciária Federal de Porto Velho-RO, até que se finde o prazo de 360 dias, conforme determinado pelo Juiz de Direito da Vara das Execuções Penais do Rio de Janeiro-RJ.

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, conhecer do conflito e declarar competente o suscitado, Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Rondônia, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 27 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 1º.8.2012

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de conflito de competência, em que consta como suscitante o Juízo de Direito da Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro-RJ, e como suscitado o Juízo Federal da 3ª Vara Seção Judiciária do Estado de Rondônia (Criminal e Execução Penal).

Na hipótese, a Magistrada Federal indeferiu a prorrogação da permanência de *Isaías da Costa Rodrigues*, vulgo *Isaías do Borel*, na Penitenciária Federal de Porto Velho-RO – a despeito da renovação da medida, pelo Juízo das Execuções Penais do Rio de Janeiro –, e determinou seu retorno para o Rio de Janeiro.

Baseou-se, para tanto, nos fundamentos de que o Interessado encontrava-se há mais de cinco anos no presídio; que a permanência em estabelecimento de segurança máxima é medida excepcional, temporária, e não pode ser superior a 360 dias; que não há elementos concretos sobre sua periculosidade, de forma a justificar sua permanência em tal instituição; que o Paciente é portador do vírus HIV, cujo tratamento seria melhor oferecido no Rio de Janeiro; e que o Preso já preencheu requisitos objetivos para benefícios da execução, cuja análise deve ser procedida pelo Juízo de origem (fls. 43-46).

A Juíza de Direito, então, suscitou o presente conflito de competência (fls. 02-09), no qual menciona que o Interessado é um dos traficantes de maior influência no Estado do Rio de Janeiro e ainda lidera o *Comando Vermelho*; que se mantém íntegros os motivos para sua permanência em estabelecimento de segurança máxima em outra unidade da Federação, pois ainda existe “*integração do apenado*” com a referida facção criminosa (fl. 05) e o retorno ao Rio de Janeiro facilitaria sua comunicação com a organização; e que há fatos concretos a indicarem a “*extrema necessidade*” de sua permanência no presídio federal, para o “*resguardo da política de segurança pública*” (fl. 08). Pretende, assim, a manutenção e prorrogação da execução da pena do Interessado em Porto Velho.

O Ministério Público Federal opinou às fls. 55-59, pelo conhecimento do conflito de competência, para que o Paciente permaneça na prisão de segurança máxima.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O conflito deve ser conhecido, nos termos do § 5º, do art. 10, da Lei n. 11.671/2008, razão pela qual passo a analisar os fundamentos da presente controvérsia processual.

No caso, a Juíza de Direito, ao suscitar o presente conflito de competência (fls. 02-09), esclareceu que o Interessado – condenado à pena total de 40 anos – é um dos líderes do *Comando Vermelho* e um dos traficantes de maior influência no Estado do Rio de Janeiro; que se mantém íntegros os motivos para sua permanência em estabelecimento de segurança máxima em outra unidade da Federação, pois ainda existe “*integração do apenado*” com a referida facção criminosa (fl. 05) e o retorno ao Rio de Janeiro facilitaria sua comunicação com a organização; e que há fatos concretos a indicarem a “*extrema necessidade*” de

sua permanência no presídio federal, para o “*resguardo da política de segurança pública*” (fl. 08). Esses foram os fundamentos para justificar a renovação do prazo de 360 dias para a permanência do Interessado no estabelecimento, contados a partir de 7.12.2011 (fl. 32).

No “*extrato de inteligência*” trazido aos autos, elaborado pela Secretaria de Estado de Segurança Pública do Rio de Janeiro, informou-se o que se segue (fls. 12-14):

[...]

02. *Isaias da Costa Rodrigues (“Isaias do Borel”)* é um dos líderes da facção criminosa denominada “Comando Vermelho” e possuía como seu principal reduto o Morro do Borel, Tijuca, área atualmente pacificada através da Implantação de uma UPP (Unidade de Polícia Pacificadora).

03. Ressalte-se que a realização das Unidades de Polícia Pacificadora revela-se como um dos principais e mais eficientes instrumentos de restauração do poder legal constituído, que vem trazendo tranquilidade à sociedade carioca.

04. Neste contexto fático, o simples retorno de *Isaias da Costa Rodrigues (“Isaias do Borel”)* ao Rio de Janeiro facilitaria a sua proximidade com seus comparsas, além de possível sensação de insegurança na comunidade do Borel, a qual vem sendo reestruturada com a UPP, tendo em vista que, anteriormente, os traficantes da área exploravam também transporte alternativo de motos e vans, a cobrança de taxa sobre a venda de gás, a exploração de sinal clandestino de TV a cabo e internet.

05. Não podemos esquecer que, segundo dados de inteligência, uma característica peculiar do traficante Isaias do Borel é a utilização de parentes na atividade do crime organizado, sendo os mesmos representantes de seus interesses fora da cadeia. Tanto é assim, que, em novembro de 2009, a polícia Civil do Rio de Janeiro desencadeou a Operação Família S/A, oportunidade em que conseguiu desarticular uma quadrilha composta, em sua maioria, por familiares e amigos de Isaias do Borel. Outro dado importante desta quadrilha é a sua atuação em diversas frentes do crime, tais como lavagem de dinheiro, tráfico de armas e entorpecentes.

[...].

07. Informações da inteligência indicam que até bem pouco tempo as principais lideranças do Comando Vermelho estavam tentando se articular, com o escopo de executarem um plano de desestabilização ao poder público do Estado do Rio de Janeiro para enfraquecerem a atual política de segurança pública e restauração do domínio ilegal das facções criminosas nas comunidades.

[...].

09. Não podemos esquecer que, desde que as principais lideranças criminosas foram enviadas para fora do Estado do Rio de Janeiro, as facções tiveram o seu poder de influência drasticamente diminuído, o que, por conseguinte, facilitou a ação policial, tanto sob o enfoque repressivo como na implementação da política de pacificação. Atualmente, o Rio de Janeiro encontra-se em um processo de retomada de territórios até então ocupados pelo tráfico de drogas, através da política pública de implantação de Unidade de Polícia Pacificadora, onde as regiões deixam de ser locais de exclusão para comporem a nossa cidade, com a utilização dos serviços públicos e uma melhora substancial da qualidade de vida dos moradores. (sem grifos no original).

Verifico, haver, na espécie, indicação de *elementos concretos* que demonstram a necessidade de que o Interessado continue segregado em presídio de segurança máxima, nitidamente esclarecidos pelo serviço de inteligência da Secretaria de Estado de Segurança Pública do Rio de Janeiro e mencionados pela Juíza de Direito das Execuções Penais.

Enumeram-se, principalmente, a informação de que o Apenado ainda é líder do *Comando Vermelho*; de que o traficante ainda se vale de amigos e principalmente parentes para continuar suas atividades no crime organizado, tanto que, no final de 2009 – quando já se encontrava há cerca de três anos em presídio federal –, a Polícia Civil carioca desarticulou quadrilha integrada principalmente por familiares e pessoas próximas do Condenado; e que os líderes da facção criminosa vinham elaborando planos para desestruturar a política de segurança pública instituída no Rio de Janeiro, para que voltassem a dominar comunidades pacificadas.

Com efeito, já afirmou a eminente Ministra *Rosa Weber*, do Supremo Tribunal Federal: diante dos fatos, não pode o Julgador erguer “um véu inibidor da apreensão da realidade”. Consignou, ainda, que “[o] mundo não pode ser colocado entre parênteses” (RHC n. 108.440-DF, 1.^a Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 16.4.2012).

Tais advertências não podem ser olvidadas no caso.

Ninguém desconhece *a efetividade dos acontecimentos, ou a escalada do crime no País*, que ensejaram a necessidade de se conceber, inclusive, estabelecimentos prisionais de segurança máxima, que, dentre suas principais funções, reside a de impedir que presos que ainda exerciam ou exercem comando em organizações criminosas continuassem tais atividades.

Mais relativamente ao caso concreto, ninguém pode envilecer as nefastas ações praticadas pelas verdadeira milícias que comandam ou comandavam o crime organizado em comunidades cariocas.

Ora, na espécie, considerada a fundamentação da Justiça Comum Estadual, não há dúvidas de que estão evidenciados os requisitos para a permanência do Condenado em estabelecimento de segurança máxima, com suporte na inteligência combinada dos arts. 3º e 10, § 1º, todos da Lei n. 11.671/2008, que ora reproduzo, *in litteris*:

Art. 3º Serão recolhidos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima **aqueles cuja medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório.**

Art. 10. A inclusão de preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima será excepcional e por prazo determinado.

§ 1º O período de permanência não poderá ser superior a 360 (trezentos e sessenta) dias, **renovável, excepcionalmente, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem**, observados os requisitos da transferência. (sem grifos nos originais).

Por isso a percuciente manifestação do Procurador Regional da República Franklin Rodrigues da Costa, no exercício da função de Subprocurador Geral da República, de que a “permanência [do Apenado] em presídio federal resguarda o interesse da coletividade, preponderando a preservação da segurança pública” (fl. 57).

No sentido das conclusões do presente voto, menciono, desta Seção, o seguinte julgado:

Processo Penal. Conflito de competência. Configuração. Execução penal. Local de cumprimento da pena. Transferência para presídio de segurança máxima. Renovação do prazo de permanência. Art. 10, § 1º, da Lei n. 11.671/2008. Possibilidade. Necessidade de fundada motivação pelo juízo de origem. Ocorrência. Competência do juízo do local do cumprimento da reprimenda para acompanhamento da execução penal. Persistência dos motivos ensejadores do pedido de transferência. Manutenção do cumprimento da pena em presídio de segurança máxima. Competência do juízo suscitado para aplicar as normas da execução, com a manutenção dos réus no presídio de segurança máxima.

1. Quando as autoridades judiciárias não afirmam nem negam a sua competência para julgar determinado caso, mas havendo efetivamente uma

discordância entre elas, não há um conflito nos moldes tradicionais, mas pode configurar, na realidade, conflito.

2. Existe a possibilidade de renovação do prazo de permanência do preso em presídio de segurança máxima, desde que cumpridos os requisitos previstos no art. 10, § 1º, da Lei n. 11.671/2008.

3. O Juízo de origem deve fundamentar o pedido de transferência dos presos para o presídio de segurança máxima, consoante os arts. 3º e 4º da Lei n. 11.671/2008.

4. Não obstante os direitos individuais garantidos aos presos, o interesse em resguardar a coletividade por vezes se sobressai, preponderando a necessidade de se primar pela segurança pública, justificando a transferência ou a manutenção do preso em presídio de segurança máxima, conforme previsto nos arts. 3º, 4º e 10 da Lei n. 11.671/2008.

5. O acompanhamento da execução, quando da transferência de presos para presídio de segurança máxima, cabe ao Juízo Federal competente da localidade em que se situar referido estabelecimento, salvo na hipótese de preso provisório, consoante o art. 4º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 11.671/2008.

6. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 5ª Vara de Campo Grande da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso do Sul, ora suscitado, para acompanhar e aplicar as normas referentes à execução penal para o restante do período de prorrogação em curso. (CC n. 110.576-AM, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 11.10.2011).

Reproduzo, ainda, o seguinte precedente deste Colegiado, em que se consignou não competir ao Juízo Federal avaliar as razões de decidir de Magistrado Estadual que encaminha ou renova a permanência de acusado em estabelecimento de segurança máxima, *por ausência de qualquer hierarquia jurisdicional para apreciar tal determinação*:

Conflito de competência. Execução penal. Transferência de preso. Primeira renovação. Excepcionalidade. Lei n. 11.671/2008. Duração do processo de renovação da permanência. Retroatividade do termo inicial. Alteração do regime de execução penal. Exceção. Conflito tecnicamente inexistente. Justificativas do Juízo Federal. Excesso. Juízo meramente circunstancial desta Corte. Intermediação da solução. Conflito conhecido. Renovação autorizada. Ação de transferência prejudicada.

I - A inclusão do preso em estabelecimento prisional federal deve estender-se pelo prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias, e a renovação somente ocorrerá excepcionalmente.

II - Admite-se a retroatividade do termo inicial do prazo ao dia seguinte ao término do prazo anterior, aplicável tanto no caso de aceitação da renovação pelo magistrado federal, quanto, no caso de renovação da permanência decidida por meio de conflito de competência, até seu julgamento.

III - A alteração do regime de execução penal estabelecido pela Lei n. 11.671/2008, permitindo a transferência e inclusão de preso oriundo de outro sistema penitenciário para o sistema penitenciário federal de segurança máxima constitui exceção e está inspirada em fatos e fundamentos a serem necessariamente considerados por ocasião do pedido e da admissão correspondente.

IV - Não cabe ao Juízo Federal exercer qualquer juízo de valor sobre a gravidade ou não das razões do solicitante, mormente, como no caso, quando se trata de preso provisório sem condenação, situação em que, de resto, a lei encarrega o juízo solicitante de dirigir o controle da prisão, fazendo-o por carta precatória.

V - A divergência entre os juízes não constitui tecnicamente conflito de competência como conceitua a lei, pois na verdade há apenas discussão administrativa entre as autoridades judiciais com competência material própria, cabendo a este Superior Tribunal apenas avaliar as justificativas de cada parte (que a outra não pode questionar) e intermediar a solução mais adequada.

VI - Na presente hipótese as justificativas do Juízo Federal exorbitam dos limites que lhe tocava considerar, em virtude do que a renovação solicitada pode ser atendida pois fundada em respeito aos argumentos objetivos do juízo solicitante.

VII - Conflito de competência conhecido nos limites expostos para autorizar a renovação da permanência do preso provisório Nei da Conceição Cruz na Penitenciária Federal de Campo Grande-MS, por mais 360 dias, a partir do dia seguinte do encerramento do prazo anterior, ficando prejudicada a tramitação da Ação de Transferência entre Estabelecimentos Penais n. 0013008-52.2009.403.6000. (CC n. 118.834-RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe de 1º.12.2011).

Explicita-se: competiria apenas à Defesa, ou até mesmo ao Ministério Público, impugnar a motivação da decisão da Justiça Estadual do Rio de Janeiro (o que, segundo o ofício de fl. 77, expedido pela Presidência do Tribunal de Justiça, não ocorreu). Não pode tal decisão, porém, ser invalidada, *ex officio*, por Juiz Federal, que não detém qualquer competência, hierarquia ou jurisdição para tanto.

Apenas mencione-se, por fim, que não há qualquer evidência de que o tratamento de saúde do Interessado seria melhor administrado no presídio estadual, não podendo consistir tal fundamento em justificativa para que o preso seja transferido da penitenciária de segurança máxima.

Ante o exposto, *conheço* do conflito, nos moldes do § 5º, do art. 10, da Lei n. 11.671/2008, e *declaro* a competência do Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Rondônia (Criminal e Execução Penal), ora suscitado, para processar a execução de *Isaiás da Costa Rodrigues* durante o período em que se encontrar no estabelecimento prisional de segurança máxima. Oportunamente, ***mantenho*** *hígida a renovação do prazo para sua permanência na Penitenciária Federal de Porto Velho-RO, até que se finde o prazo de 360 dias, iniciados em 7.12.2011 (fl. 332), como determinado pelo Juiz de Direito da Vara das Execuções Penais do Rio de Janeiro-RJ.*

Dê-se conhecimento da presente decisão aos Juízes Corregedores das Penitenciárias Federais de Mossoró-RN, Campo Grande-MS e Catanduvas-PR, bem como à Juíza Federal Substituta Juliana Maria da Paixão, Corregedora do Penitenciária Federal de Porto Velho-RO.

É o voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 14.795-DF (2009/0221270-9)

Relator: Ministro Og Fernandes
Impetrante: Paulo Roberto Dambrózio
Impetrante: Paulo Jair de Souza
Impetrante: Paulo Biskup de Aquino
Impetrante: Nilton Santos Gonçalves
Impetrante: Marco Roberto Sousa
Impetrante: Jorge Luiz Travassos
Impetrante: Ocimar Alves de Moura
Impetrante: Marcos de Oliveira Miranda
Impetrante: Júlio César Vieira Pereira
Impetrante: Adriano da Costa Luetz
Impetrante: Newton Hidenori Ishii
Advogado: Celso Luiz Braga de Lemos
Impetrado: Ministro de Estado da Justiça

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança preventivo. Polícia federal. Processo Administrativo Disciplinar. Autoridade instauradora. Superintendente regional. Possibilidade. Comissão temporária. Princípio do juiz natural. Inobservância. Nulidade. Embargos de declaração no agravo regimental. Prejudicados.

1. Nos termos do disposto no art. 53, *caput*, da Lei n. 4.878/1965, a iniciativa da instauração do processo disciplinar, no âmbito da Polícia Federal, não é privativa do Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal, podendo ser exercida pelos “Delegados Regionais nos Estados”, que, na atual estrutura orgânica do DPF, equivalem aos Superintendentes Regionais.

2. “A instauração de comissão provisória, nas hipóteses em que a legislação de regência prevê expressamente que as transgressões disciplinares serão apuradas por comissão permanente, inquina de nulidade o respectivo processo administrativo por inobservância dos princípios da legalidade e do juiz natural.” (MS n. 10.585-DF, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Terceira Seção, julgado em 13.12.2006, DJ 26.2.2007).

3. Segurança concedida, prejudicados os embargos de declaração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a segurança, julgando prejudicados os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

O Dr. Celso Luiz Braga de Lemos sustentou oralmente pelos impetrantes.

Brasília (DF), 23 de maio de 2012 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 4.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de mandado de segurança preventivo, com pedido liminar, impetrado por *Paulo Roberto Dambrózio* e outros, contra atos demissionais expedidos pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça, consubstanciados nas Portarias n. 3.564, n. 3.565, n. 3.566, n. 3.567, n. 3.568, n. 3.569, n. 3.570, n. 3.571, n. 3.572, n. 3.573 e n. 3.574, todas datadas de 22./10.2009 e publicadas em 23.10.2009.

Os impetrantes asseveram que, de acordo com o § 3º do art. 53 da Lei n. 4.878/1965, compete ao Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal, contudo, instaurar o Processo Administrativo Disciplinar n. 007/006-NUDIS/COR/SR/DPF/PR, cujas conclusões foram adotadas pela autoridade julgadora, foi instaurado pelo Superintendente Regional do DPF no Paraná.

Arguem, ainda, a nulidade do PAD em questão, uma vez que a comissão processante não é permanente, conforme o art. 53, § 1º, da mencionada lei.

Às fls. 6.922-6.964 a autoridade impetrada prestou informações.

Foi proferida decisão monocrática, posteriormente mantida pela Terceira Seção em sede de agravo regimental, no sentido de deferir o pedido de liminar para determinação do restabelecimento da aposentadoria de Newton Hidenori Ishii, e manutenção dos demais postulantes nos seus respectivos cargos, até o julgamento de mérito da ação mandamental.

A União opõe embargos de declaração contra o acórdão do regimental, indicando contradição no julgamento do agravo regimental, que teria analisado questão distinta da que decidida na liminar agravada.

Ressalta, em suma, o seguinte: a) a liminar foi concedida com base no argumento de que a comissão processante havia sido designada por autoridade incompetente (Superintendente Regional, em vez do Diretor-Geral da PF); b) por sua vez, o agravo regimental decidiu que designação de comissão temporária para promover PAD contra policial federal viola os princípios do juiz natural e da legalidade, a teor do art. 53, § 1º, da Lei n. 4.878/1965.

Anota que a jurisprudência da Terceira Seção é no sentido de que o Superintendente Regional da PF tem competência para designar os membros de comissão de PAD, no âmbito territorial da respectiva superintendência.

Atravessa petição (fls. 7.020-7.115), na qual requer a extinção do *mandamus* sem julgamento do mérito, em relação ao impetrante *Marco Roberto de Sousa*, com a revogação da liminar concedida no STJ, uma vez que a sentença que determinou a reintegração do servidor, proferida no MS n. 87.00048755, perdeu a eficácia em razão da extinção daquela ação mandamental pelo TRF1, por motivo de ilegitimidade passiva da autoridade ali indicada como coatora.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Inicialmente, a *União* requer a extinção do processo relativamente ao impetrante *Marco Roberto Sousa*, em razão do trânsito em julgado de acórdão que denegou, sem resolução de mérito, ação mandamental que tramitou na Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, e tinha por objeto a reintegração do servidor, que havia sido exonerado por reprovação no estágio probatório.

Narra que, em 1993, foi concedida liminar, mantendo-se o interessado no cargo, mas, em 1996, sobreveio o acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, invocado pela União, que, entendendo pela ilegitimidade passiva da autoridade coatora, extinguiu o feito sem julgamento do mérito, passando em julgado.

Por sua vez, a presente ação mandamental tem por escopo a anulação de processo administrativo que apurou infrações disciplinares, que poderia culminar na demissão do servidor. E o STJ concedeu liminar para mantê-lo no cargo.

Pois bem. O fato invocado não é superveniente, ou seja, ocorreu antes do momento dado à autoridade coatora e à própria alegante para impugnar o pedido inicial.

Ainda que assim não fosse, e admitindo-se que a eventual reintegração do servidor, caso concedida a ordem ora postulada, possa ter efêmeros resultados, haja vista a subsistência de motivo para uma segunda exoneração, desta feita por

inadaptabilidade à função policial, entendendo que persiste o interesse na anulação do processo disciplinar, para, assim, afastar da sua vida funcional a pecha de transgressor.

Indefiro, portanto, o pedido, mantendo *Marco Roberto Sousa* no pólo ativo da demanda.

No mérito, tem-se que os impetrantes impugnam a instauração da comissão processante por autoridade incompetente (o Superintendente Regional da Polícia Federal no Estado do Paraná), e o fato de o colegiado não ser permanente, tendo natureza de Tribunal de exceção, contrariamente ao que dispõe o art. 53, *caput*, e § 1º, da Lei n. 4.878/1965:

Art. 53. Ressalvada a iniciativa das autoridades que lhe são hierarquicamente superiores, compete ao Diretor-Geral do Departamento Federal de Segurança Pública, ao Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal e aos Delegados Regionais nos Estados, a instauração do processo disciplinar.

§ 1º Promoverá o processo disciplinar uma Comissão Permanente de Disciplina, composta de três membros de preferência bacharéis em Direito, designada pelo Diretor-Geral do Departamento Federal de Segurança Pública ou pelo Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal, conforme o caso.

Em suma, o objeto do julgamento do mandado de segurança abrange tanto a incompetência quanto à natureza da comissão, sendo certo que um e outro aspecto decorre do princípio do juiz natural no âmbito administrativo, que é derivado do núcleo comum de processualidade, previsto na Constituição Federal, também composto do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Por definição, afirmou a Ministro *Celso de Mello* no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 177.313-MG, em 23.4.1996, “o postulado do juiz natural, por encerrar uma expressiva garantia de ordem constitucional, limita, de modo subordinante, os poderes do Estado — que fica, assim, impossibilitado de instituir juízos *ad hoc* ou de criar Tribunais de exceção — ao mesmo tempo em que assegura, ao acusado, o direito ao processo perante a autoridade competente abstratamente designada na forma da lei anterior, vedados, em consequência, os juízos *ex post facto*.”

A doutrina relaciona a incidência do juiz natural com o dever de imparcialidade dos agentes administrativos que irão acusar, processar e julgar o servidor, assegurando, com a desejada isenção, a participação efetiva do acusado

no exercício do contraditório e da ampla defesa. É o ensinamento de ROMEU BACELLAR FILHO:

Ainda que a lei garanta o contraditório e a ampla defesa no processo administrativo disciplinar, sem a incidência da garantia do juiz natural, pode-se escolher a dedo um julgador predeterminado a condenar ou absolver. Neste caso, estaríamos diante de um verdadeiro “faz de conta”. O julgador parece levar em consideração o resultado da participação do servidor quando, na verdade, já tem sua decisão pronta.

A atuação nos procedimentos que atingem a esfera jurídica do servidor é garantida constitucionalmente através de instrumentos positivos e negativos. *Em sentido positivo, o contraditório e a ampla defesa viabilizam a presença ativa e crítica dos servidores envolvidos; em sentido negativo, o juiz natural impede qualquer obstrução a essa participação.*

(BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 301-302) - grifos acrescidos.

Ainda sobre o tema, é oportuna a advertência feita por CLÁUDIO ROZA, para quem “o devido processo compreende que o acusado tenha o direito inalienável de conhecer desde logo o seu julgador, ou comissão processante, sendo proibida a indicação após a notícia do ilícito.” Dessa maneira, para o autor paranaense, “a competência preexiste ao fato, para que, proibidos juízos e Tribunais de exceção, evitem-se vícios de personalidade, favoritismos e perseguições” (ROZA, Cláudio. Processo administrativo disciplinar e comissões sob encomenda. Curitiba: Juruá, 2006, p. 82).

Imbuído dessas premissas é que passo a analisar se, no caso concreto, a autoridade que instaurou o processo disciplinar, e a comissão que levou a efeito a instrução processual, foram aquelas previamente definidas em lei, de forma genérica e abstrata.

No tocante à iniciativa da instauração, tem-se, nos termos do disposto no art. 53, *caput*, da Lei n. 4.878/1965, que tal atribuição não é privativa do Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal, podendo ser exercida pelos “Delegados Regionais nos Estados”, que, na atual estrutura orgânica do DPF, equivalem aos Superintendentes Regionais.

Contudo, quanto à natureza do órgão incumbido da instrução processual, o § 1º da norma em questão estabelece: “Promoverá o processo disciplinar uma *Comissão Permanente de Disciplina*, composta de três membros de preferência

bacharéis em Direito, designada pelo Diretor-Geral do Departamento Federal de Segurança Pública (...)” (grifos acrescidos).

Vale dizer, a legislação veda, taxativamente, a constituição de comissão disciplinar *ad hoc* no âmbito da Polícia Federal, conferindo garantia funcional específica para o exercício da competência disciplinar, porquanto o trio processante, instituído anteriormente ao fato, com caráter permanente, sofrerá menos pressão e influência da hierarquia.

O dispositivo legal em comento não implica privilégio dos policiais federais. Ao contrário, a formação de comissões permanentes representa uma garantia mais eficaz de observância do dever de imparcialidade da Administração-juiz, que, para a doutrina, deveria ser estendida aos demais servidores públicos. Veja-se, por todos, o pensamento de ROMEU BACELLAR FILHO (ob. cit., p. 314):

Já é tempo das comissões serem designadas em caráter permanente e a investidura de seus componentes anteceder ao acontecimento tido por irregular. Esta providência, compatível com o princípio do juiz natural, a um lado, diminuiria a suscitação de impedimentos e suspeições e, por outro, evitaria as designações dirigidas com o intuito preconcebido de punir ou absolver.

Ressalto, ainda, com apoio nas lições de SÉRGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLARI, que a invocação do princípio da formalidade moderada tem cabimento, em regra, quando favorecer o administrado - que é o verdadeiro titular da garantia da forma -, ou, excepcionalmente, quando avulta o interesse público. A propósito:

Antes de tudo, é preciso deixar bem claro que este princípio melhor seria identificado pela designação “informalidade em favor do administrado”, pois este é o titular da garantia da forma, sendo que somente em seu benefício pode haver alguma informalidade. Ou, dizendo de outro modo: a garantia da forma não pode ser arguida contra o particular interessado quando não houver dano ao interesse público.

(...)

O princípio da informalidade significa que, dentro da lei, sem quebra da legalidade, pode haver dispensa de algum requisito formal, sempre que sua ausência não prejudicar terceiros nem comprometer o interesse público. *Um direito não pode ser negado em razão da inobservância de alguma formalidade instituída para garanti-lo, desde que o interesse público almejado tenha sido atendido.* Dispensam-se, destarte, ritos sacramentais e despedidos de relevância, tudo em favor de uma decisão mais expedita e, pois, mais efetiva.

(FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 102) - grifos acrescentados.

No caso, a determinação taxativa da lei, no sentido da designação de Comissão Permanente Disciplinar no DPF, não representa formalidade despida de sentido ou relevância, mas, sim, um modo de dotar de isenção e independência a autoridade instrutora do processo, com vistas à realização mais efetiva dos postulados constitucionais do juiz natural, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Anoto, mais, que a indicação de comissão temporária, singular para o fato, afronta o direito dos acusados à instrução do processo por comissão permanente, que é o juízo natural para esse fim, na forma do Regime Jurídico da Polícia Federal.

A conduta da Administração manifestou ofensa aos princípios e garantias que formam o núcleo de processualidade da Constituição (juiz natural, devido processo legal, ampla defesa e contraditório), cuja observância se reveste de especial interesse público, dispensando, por conseguinte, a demonstração de qualquer outro prejuízo.

Tem-se, portanto, vício insanável, a invalidar o processo administrativo disciplinar em exame, consubstanciado na sua condução por comissão temporária, com afronta ao disposto no art. 53, § 1º, da Lei n. 4.875/1965, que estabeleceu o regime jurídico peculiar dos policiais federais.

Finalmente, registro que a jurisprudência da eg. Terceira Seção faz, do art. 53 da Lei n. 4.878/1965, uma leitura em conformidade com as novas denominações atribuídas aos órgãos que compõem a estrutura da Polícia Federal, permitindo a instauração de comissões disciplinares pelos Superintendentes Regionais, as quais, entretanto, devem ser permanentes, nos termos do § 1º do referido dispositivo legal, sob pena de afronta aos princípios da legalidade e do juiz natural (traduzido no âmbito administrativo). Nesse sentido:

Mandado de segurança preventivo. Agentes da Polícia Federal. Processo Administrativo Disciplinar. Superintendente Regional do Departamento de Polícia Federal. Designação dos membros da comissão processante. Possibilidade. Comissão temporária. Inobservância do art. 53, § 1º, da Lei n. 4.878/1965. Nulidade.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do MS n. 14.401-DF, firmou entendimento no sentido de ser legal a delegação de

competência atribuída ao Superintendente Regional para a designação dos membros integrantes das Comissões de Disciplina.

2. “A instauração de comissão provisória, nas hipóteses em que a legislação de regência prevê expressamente que as transgressões disciplinares serão apuradas por comissão permanente, inquina de nulidade o respectivo processo administrativo por inobservância dos princípios da legalidade e do juiz natural.” (MS n. 10.585-DF, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Terceira Seção, julgado em 13.12.2006, DJ 26.2.2007, p. 542).

3. Segurança parcialmente concedida.

(MS n. 14.310-DF, de minha relatoria, Terceira Seção, julgado em 25.8.2010, DJe 10.9.2010).

Mandado de segurança preventivo. Servidor público civil. Agente de Polícia Federal. Comissão permanente de disciplina. Designação. Processo Administrativo Disciplinar. Instauração. Competência. Superintendente Regional da Polícia Federal. Legalidade. Delegacia regional. Transformação. Superintendência regional. Art. 53 da Lei n. 4.878/1965 c.c. art. 5º do Decreto n. 70.665/1972. Reinquirição de testemunha. Indeferimento. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Segurança denegada.

I – O Superintendente Regional de Polícia Federal tem competência para designar os membros de comissão permanente de disciplina, bem como determinar a abertura de Procedimento Administrativo Disciplinar, no âmbito da respectiva Superintendência.

II – Interpretação do artigo 53 da Lei n. 4.878/1965 em conformidade com as novas denominações atribuídas aos órgãos e cargos que compõem a estrutura do Departamento de Polícia Federal, a partir da edição do Decreto n. 70.665/1972.

III - É legal a delegação de competência atribuída ao Superintendente Regional para a designação dos membros integrantes das Comissões de Disciplina, contida no artigo 38, inciso XII, do Regimento Interno do Departamento de Polícia Federal, aprovado pela Portaria n. 1.825/2006, do em. Ministro de Estado da Justiça, por revelar típico ato de desconcentração administrativa.

IV - É facultado à Comissão Disciplinar, consoante dispõe o art. 156, § 1º, da Lei n. 8.112/1990, indeferir motivadamente a produção de provas, principalmente quando se mostrarem dispensáveis diante do conjunto probatório, não caracterizando cerceamento de defesa. Precedentes.

V - “A demonstração de prejuízo para a defesa deve ser revelada mediante exposição detalhada do vício e de sua repercussão, tudo com base em elementos apresentados na prova pré-constituída. No caso, não houve tal demonstração, a par de que há, nas informações, razões suficientes para afastar os vícios apontados pelo impetrante” (MS n. 13.111-DF, 3ª Seção, de minha relatoria, DJU de 30.4.2008).

Ordem denegada.

(MS n. 14.401-DF, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 10.2.2010, DJe 23.3.2010).

Agravo regimental. Pedido de liminar. Mandado de segurança. Servidor público. Agente da polícia federal. Procedimento Administrativo Disciplinar. Ato de improbidade administrativa. Nulidade do ato de designação da comissão permanente. Ato do superintendente. Ilegalidade não configurada de plano. Pena de demissão. Requisitos autorizadores da medida urgente. Não caracterização de plano. Liminar indeferida. Agravo regimental a que se nega provimento.

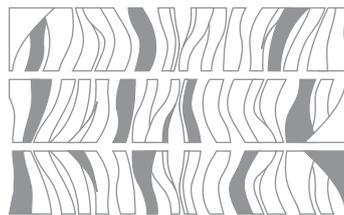
1. Esta Relatoria, filiando-se à corrente que entende não estar eivado de vício o ato de constituição da comissão permanente de disciplina, expedido por agente que não ocupe o cargo de Diretor-Geral da Superintendência da Polícia Federal, sob o fundamento de que não há no art. 53, § 3º, da Lei n. 4.878/1965 alguma disposição que indique se tratar de hipótese de competência privativa, mantém o indeferimento da liminar.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no MS n. 14.968-DF, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Terceira Seção, julgado em 10.3.2010, DJe 22.3.2010).

Em face do exposto, *concedo a segurança* para anular o Processo Administrativo Disciplinar n. 007/006-NUDIS/COR/SR/DPF/PR, tornando sem efeito as portarias de demissão dos impetrantes, e julgo prejudicados os embargos declaratórios.

É como voto.



Quinta Turma

HABEAS CORPUS N. 174.430-PE (2010/0097335-0)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Célio Avelino de Andrade

Advogado: Célio Avelino de Andrade

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Paciente: André de Andrade da Silva (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Roubo duplamente majorado. Condenação. Participação de menor importância. Não reconhecimento pelas instâncias ordinárias. Participação secundária evidenciada. Desnecessidade de reexame aprofundado das provas. Constrangimento ilegal presente. Aplicação da causa geral de redução de pena devida. Reprimenda mitigada.

1. Presente o constrangimento ilegal em razão da negativa de incidência da causa geral de diminuição de pena prevista no art. 29, § 1º, do CP, quando verificado que a participação do paciente nos delitos de roubo a ele imputados era secundária.

2. Caso em que, da simples leitura tanto da sentença condenatória quanto do acórdão impetrado, sem necessidade de qualquer incursão aprofundada no conjunto probatório, providência vedada na via restrita do *habeas corpus*, exsurge evidenciado o constrangimento ilegal a que vem sendo submetido o paciente, em razão da não aplicação, no caso, do previsto no art. 29, § 1º, do CP.

Pena-base. Fixação igual para todos os agentes. Culpabilidade diferenciada do paciente. Desproporcionalidade. Coação ilegal reconhecida. Sanção redimensionada.

1. Evidenciado que o paciente teve a pena-base fixada em idêntico patamar dos executores diretos dos delitos de roubo em questão, flagrante o constrangimento ilegal, pois, apesar de ter favorecido a consumação dos assaltos noticiados, deve responder na medida de sua culpabilidade, que não pode ser considerada igual à dos outros dois corréus, que executaram os crimes, pois as condutas destes são evidentemente mais reprováveis.

Reprimenda. Duas majorantes. Aumento de pena de 2/5 sem motivação concreta. Critério objetivo. Impossibilidade. Exegese da Súmula n. 443 deste STJ. Coação ilegal patenteada.

1. É entendimento deste Tribunal que a presença de duas causas de especial aumento previstas no § 2º do art. 157 do CP pode exacerbar a pena acima do patamar mínimo de 1/3 quando as circunstâncias do caso concreto assim autorizem.

2. Verificando-se que a Corte de origem fixou a fração de 2/5 apenas com base na quantidade de majorantes, evidenciado está o constrangimento ilegal, diante do posicionamento firmado neste Superior Tribunal. Exegese da Súmula n. 443 deste STJ.

Roubo. Cúmulo material de penas. Continuidade delitiva. Pretendido reconhecimento. Impossibilidade. Requisitos do art. 71 do CP. Não preenchimento. Reiteração delitiva. Configuração. Constrangimento ilegal não evidenciado.

1. Para a caracterização da continuidade delitiva é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução - e subjetiva - unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos (art. 71 do CP) (Teoria Mista ou Objetivo-subjetiva).

2. Constatada a reiteração criminosa, e não a continuidade delitiva, inviável acoimar de ilegal a decisão que negou a incidência do art. 71 do CP, pois, na dicção do Supremo Tribunal Federal, a habitualidade delitiva afasta o reconhecimento do crime continuado.

3. A via estreita do *habeas corpus* é inadequada para um maior aprofundamento na apreciação dos fatos e provas constantes nos processos de conhecimento para a verificação do preenchimento das circunstâncias exigidas para o reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado. Precedentes desta Corte Superior.

4. *Habeas corpus* parcialmente concedido para redimensionar a pena imposta ao paciente, que resta definitiva em 15 (quinze) anos, 4 (quatro) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão e pagamento de 35 (trinta e cinco) dias-multa, por violação aos arts. 157, § 2º, I e II, e 288, parágrafo único, c.c. art. 69, todos do CP, mantidos, no mais, a sentença e o arresto impugnados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ).

Brasília (DF), 27 de março de 2012 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 13.4.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de *André de Andrade da Silva* contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que negou provimento à Apelação Criminal n. 0169039-7, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente à pena de 25 (vinte e cinco) anos, 8 (oito) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes previstos no art. 157, § 2º, I e II, por três vezes; e no art. 288, parágrafo único, c.c. o art. 69, todos do Código Penal.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a sentença proferida seria nula, por violação ao princípio da individualização da pena, haja vista que teriam sido fixadas as mesmas reprimendas aos co-delinquentes, sem a observância da menor participação do paciente no tipo penal perpetrado, conforme prescrito pelo art. 29, § 1º, do CP, imputando a mesma culpabilidade aos “que empunhavam armas e abordavam as vítimas àquele que em momento algum praticou a conduta descrita no tipo penal” (e-STJ fls. 6).

Alega que não teria sido apresentado fundamento idôneo a justificar a exacerbação da pena em 2/5 (dois quintos) na terceira etapa da dosimetria, uma vez que, “havendo o reconhecimento de mais de uma causa de aumento de pena, deverá ser considerada apenas uma delas e computadas as demais

como agravantes ou nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, por ocasião da fixação da pena-base” (e-STJ fls. 7), o que aduz não ter ocorrido na espécie.

Defende que deveria ser reconhecida a continuidade delitiva entre os três delitos de roubo, uma vez que os crimes seriam da mesma espécie e teriam sido praticados nas mesmas condições de lugar, maneira de execução e tempo, haja vista que o lapso entre o primeiro delito e o último não teria sido superior a 30 (trinta) dias, conforme teria afirmado equivocadamente o Juízo de primeiro grau.

Requeru, liminarmente, pudesse o paciente aguardar solto o julgamento final do presente *mandamus*, determinando-se a expedição de alvará de soltura em seu favor. No mérito, pugna pela anulação do processo a partir da sentença condenatória, em decorrência da ilegalidade na dosimetria da pena, mantendo-se a liberdade do paciente em definitivo.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 25 (*vinte e cinco*) anos, 8 (*oito*) meses e 12 (*doze*) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática dos crimes previstos no art. 157, § 2º, I e II, por três vezes, e no art. 288, parágrafo único, c.c. o art. 69, todos do Código Penal, porque associou-se a mais de três indivíduos para o fim de cometer crimes, sendo que, juntamente com mais dois corréus, e por meio de grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, praticaram assaltos nas proximidades da Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos – Emtu-PE, abordando clientes e funcionários que saíam da referida empresa, ocasião em que lhes eram subtraídos vales-transporte, em grande quantidade, os quais eram repassados aos agentes André Silvestre dos Santos e Joelson Simplicio de Paula.

Das informações do Juízo singular consta que restou comprovada a ocorrência de três roubos, ocorridos nos dias 31.10.2006, 16.11.2006 e 30.11.2006, cometidos em concurso material (fls. 72).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi negado provimento, mantido, na íntegra, o édito condenatório.

No que pertine ao pretendido reconhecimento da causa geral de diminuição de pena prevista no art. 29, § 1º, do CP - participação de menor importância -, ao argumento de que o paciente, em momento algum, esteve de posse de arma de fogo ou abordou qualquer vítima, não participando diretamente dos atos de execução dos assaltos, necessário se faz, para melhor análise da questão *sub examine*, transcrever o preceituado nesse dispositivo legal, *verbis*:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984).

1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. (Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984).

2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (grifos próprios).

Quando do julgamento do apelo defensivo, a Corte Estadual considerou inviável reconhecer-se a tese de participação de menor importância em favor do paciente, pelos fundamentos abaixo expostos:

Devo mencionar que, ao contrário do sustentado pela defesa, o apelante André de Andrade não era um mero partícipe, pois ele agia ativamente na empreitada criminosa, dando fuga aos demais, tanto que também foi condenado nas penas do crime de formação de quadrilha. (e-STJ fl. 31).

Certo é que, como bem asseverou o impetrante (e-STJ fl. 3), o autor do fato merece pena na medida de sua culpabilidade, ou seja, na medida da reprovabilidade da sua conduta, nos termos do *caput* do art. 29 do CP, reiterando a adoção, pela Reforma Penal de 1984, da distinção entre coautor e partícipe.

Quanto ao previsto no § 1º do art. 29 do Estatuto Penal, leciona a doutrina que: “A participação de menor importância só pode ser a colaboração secundária, dispensável, que, embora dentro da causalidade, se não prestada, não impediria a realização do crime” (MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. Parte geral. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 224).

Consoante CEZAR ROBERTO BITENCOURT:

Participação em sentido estrito, como espécie do gênero concurso de pessoas, é a intervenção em um fato alheio, o que pressupõe a existência de um autor principal. O partícipe não pratica a conduta descrita pelo preceito primário da norma penal, mas realiza uma atividade secundária que contribui, estimula ou favorece a execução da conduta proibida. Não realiza atividade propriamente executiva. (Código Penal Comentado, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 100 e 101).

E, da simples leitura tanto da sentença condenatória quanto do acórdão impetrado, sem necessidade de qualquer incursão aprofundada no conjunto probatório, providência que, como se sabe, é vedada na via restrita do *habeas corpus*, exsurge evidenciado o constrangimento ilegal a que vem sendo submetido o paciente, em razão da não aplicação, no caso, do previsto no art. 29, § 1º, do CP, ao paciente.

Com efeito, das peças processuais acima mencionadas, tem-se que a participação do paciente nos assaltos denunciados resumia-se à, assim que avistava as motos utilizadas pelos executores diretos dos roubos de vale-transporte, abrir “o portão do prédio onde funcionava o antigo Procon [...]”, onde trabalhava como guardador de carros ou flanelinha, “e, quando o veículo entrava, fechava imediatamente o portão” (e-STJ fls. 103), onde foi encontrada também uma das armas de fogo utilizadas nos assaltos, pertencente a Reginaldo, que conseguiu empreender fuga no momento em que André foi preso em flagrante (fls. 102), constando ainda que, a cada empreitada bem sucedida, recebia dos executores diretos a pífia quantia de R\$ 20,00 (vinte reais) (e-STJ fls. 96), não havendo notícia nos autos de que haja participado da partilha do dinheiro obtido com as subtrações dos vale-transportes, podendo-se, então, seguramente concluir que a sua participação nos delitos de roubo denunciados era realmente secundária, pois embora tenha favorecido a consumação dos assaltos noticiados, em momento algum atuou diretamente na execução dos mesmos.

Assim, da dinâmica dos fatos relatada na sentença e no aresto combatido, se pode dizer que, no caso, a negativa de incidência da causa geral de redução de pena em exame, pela Corte originária, ensejou constrangimento ilegal, merecendo a ordem ser concedida, para aplicar em favor do paciente o previsto no art. 29, § 1º, do CP.

Ademais, da leitura da sentença condenatória verifica-se que a reprimenda básica foi fixada igualmente para o paciente e os executores diretos dos delitos de roubo em questão, o que se mostra flagrantemente desproporcional, pois, como dito, apesar de ter contribuído para o sucesso das empreitadas criminosas,

deveria responder na medida de sua culpabilidade, consoante o art. 29 do CP, e, no caso, essa não pode ser considerada idêntica à dos outros dois corréus, que executaram os assaltos, pois as condutas destes são evidentemente mais reprováveis.

Assim, merece concedida em parte a ordem também nesse ponto, para reduzir a pena-base do paciente em relação aos três delitos de roubo majorados, pois é na fixação da sanção básica que se afere a culpabilidade do agente e as demais circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), que conduzem à fixação justa e suficiente da lei penal, e que ficam assim estabelecidas, em razão dos argumentos lançados pelo togado singular quando da prolação da sentença:

a) em relação à vítima George Barbosa Antão de Farias - 4 anos e 1 mês de reclusão e pagamento de 11 dias-multa;

b) em relação à vítima Mário Paixão de Almeida - 4 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 15 dias-multa;

c) em relação ao ofendido Eudson Barros Martins - 4 anos e 3 meses de reclusão e pagamento de 12 dias-multa.

Não há agravantes ou atenuantes a se considerar, de acordo com o édito condenatório.

No tocante à elevação da reprimenda efetuada na terceira etapa da dosimetria do crime de roubo, em razão da presença de 2 (duas) majorantes - emprego de arma de fogo e concurso de agentes -, verifica-se que o juiz singular optou por fixar a fração em 2/5 (dois quintos), ao argumento de que “as qualificadoras do concurso de dois ou mais agentes e ameaça exercida com emprego de arma restaram devidamente demonstradas, devendo o aumento dessa dupla qualificadora ser mais elevado do que o mínimo previsto” (e-STJ fl. 104).

A Corte impetrada, por sua vez, manteve inalterada a elevação procedida em razão das majorantes do crime de roubo, por entender devidamente fundamentado o aumento acima do mínimo de 1/3 (um terço), haja vista que o argumento utilizado pelo juiz sentenciante “encontra-se em sintonia com a orientação doutrinária e jurisprudencial que estabelece uma gradação do aumento, conforme o número de causas existentes” (e-STJ fls. 34-35).

Verifica-se, assim, que o *quantum* de aumento de pena foi fixado considerando-se apenas a quantidade de majorantes imputadas ao sentenciado e, assim decidindo, as instâncias ordinárias foram contra o Enunciado Sumular

n. 443 desta Corte Superior, *in verbis*: “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.”

Assim sendo, deve-se utilizar o critério subjetivo, por ser mais favorável ao réu e obedecer ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).

A propósito:

Habeas corpus. Penal. Roubo duplamente qualificado. Aumento de 3/8 em razão da dupla qualificação. Fundamentação insuficiente quanto à necessidade. Constrangimento ilegal configurado. Regime prisional mais gravoso diante do *quantum* da pena imposta. Circunstâncias judiciais favoráveis. Réu primário. Pena-Base fixada no mínimo legal. Art. 33, § 2º alínea **b**, e § 3º do Código Penal.

1. A presença de mais de uma qualificadora no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que seja constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não se deu na espécie.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é cabível impor regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

3. *Habeas corpus* concedido para fixar o aumento pelas duas qualificadoras no mínimo legal e o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente. (HC n. 102.447-SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 27.11.2008, DJU de 19.12.2008).

Habeas corpus. Penal. Roubo circunstanciado. Apreensão da arma de fogo. Desnecessidade. Reconhecimento de duas qualificadoras. Aumento de pena fixado em 3/8. Ausência de circunstâncias concretas que indicam a necessidade de exasperação acima do mínimo legal. Circunstâncias judiciais reconhecidas como favoráveis. Regime de cumprimento da pena. Art. 33, § 2º, alínea **b**, do Código Penal. Súmulas n. 718 e n. 719 do STF. Ordem parcialmente concedida.

1. Não há como afastar a causa de aumento decorrente da aplicação do inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal, uma vez que a apreensão da arma de fogo utilizada na prática do referido delito é perfeitamente dispensável quando existem outros elementos nos autos capazes de comprovar o efetivo emprego do aludido instrumento.

2. Consoante reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a presença de duas qualificadoras no crime de roubo (concurso de agentes e emprego de arma de fogo) pode agravar a pena em até metade, quando o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, constatar a ocorrência de circunstâncias que indicam a necessidade da elevação da pena acima do mínimo legal.

3. Assim, não fica o Juízo sentenciante adstrito, simplesmente, à quantidade de qualificadoras para fixar a fração de aumento, pois, na hipótese de existência de apenas uma qualificadora, havendo nos autos elementos que conduzem à exasperação da reprimenda – tais como a quantidade excessiva de agentes no concurso de pessoas ou o grosso calibre da arma de fogo utilizada na empreitada criminosa –, a fração pode e deve ser elevada, acima de 1/3, contanto que devidamente justificada na sentença, em observância ao art. 68 do CP. O mesmo raciocínio serve para uma situação inversa, em que o roubo foi praticado com arma branca (faca ou canivete) e a participação do co-réu foi de menor importância, hipótese em que pode o magistrado aplicar a fração mínima, apesar da dupla qualificação.

4. *In casu*, o Tribunal de origem não fundamentou o acréscimo da reprimenda em 3/8, motivo por que o percentual de aumento da pena pelas qualificadoras previstas no art. 157, § 2º, I e II, deve ser fixado em apenas 1/3.

5. A gravidade do delito em abstrato não é causa suficiente para a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei (art. 33, § 2º, do Código Penal). Súmulas n. 718 e n. 719 do STF.

6. Ordem parcialmente concedida para redimensionar a pena do paciente para 5 anos e 4 meses, em regime inicial semiaberto, e 12 dias-multa. (HC n. 97.134-SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 27.11.2008, DJU de 19.12.2008).

Desse modo, vislumbra-se presente o constrangimento ilegal apontado, impondo-se a concessão da ordem nesse ponto, pois não há justificativa circunstancial que permita a adoção da fração de 2/5 (dois quintos) na hipótese, devendo, portanto, ser reduzido o *quantum* do aumento ao patamar legal mínimo de 1/3 (um terço), *totalizando a reprimenda do paciente, nessa fase em, respectivamente: a) 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 14 dias-multa; b) 6 anos de reclusão e pagamento de 20 dias-multa; e c) 5 anos e 8 meses de reclusão e pagamento de 16 dias-multa.*

Na etapa seguinte, reduz-se a sanção relativa aos roubos de 1/3 (um terço), dado o reconhecimento da participação de menor importância, restando a reprimenda do paciente em: a) 3 anos, 7 meses e 16 dias-multa e pagamento de 10 dias-multa; b) 4 anos de reclusão e pagamento de 14 dias-multa; c) 3 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 11 dias-multa.

Por fim, no que tange ao almejado reconhecimento da continuidade delitiva entre os 3 (três) delitos de roubo duplamente majorados praticados pelo paciente entre os dias 31.10.2006 a 30.11.2006, a Corte Estadual destacou que “não há como prosperar o pleito de aplicação da regra do crime continuado, tendo em conta que o lapso temporal entre os roubos foi superior a 30 (trinta) dias, limite máximo tolerado pela jurisprudência para o reconhecimento de tal instituto” (e-STJ fl. 33).

Na esteira do entendimento adotado por esta Corte Superior de Justiça, para a caracterização da continuidade delitiva, prevista no art. 71 do Código Penal, é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução - e subjetiva - unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos.

Nesse sentido, confira-se:

Criminal. *Habeas corpus*. Cárcere privado. Homicídio qualificado. Tentativa de homicídio qualificado. Concurso material. Substituição pela regra do crime continuado. Verificação de requisitos. Improriedade da via eleita. Tribunal do Júri. Maior cautela. Novo julgamento pelo conselho de sentença. Expedição de alvará de soltura. Pleitos prejudicados. Ordem denegada.

I. Para a caracterização da continuidade delitiva, é imprescindível o preenchimento dos requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, espaço e *modus operandi*) e subjetivo (unidade de desígnios).

II. Fator primordial, impeditivo da análise da tese defensiva na via do *habeas corpus*, está relacionado ao requisito subjetivo da existência de unidade de desígnios entre as condutas, o que, de plano, não se pode confirmar na hipótese dos autos.

III. Se as instâncias ordinárias, às quais é privativa a análise minuciosa dos fatos e provas, reconheceram o concurso material e afastaram o crime continuado, ressaltando a diversidade de desígnios, não resta evidenciado constrangimento ilegal.

[...]

VIII. Ordem denegada. (HC n. 151.012-RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 23.11.2010, DJe 6.12.2010).

Relativamente ao lapso temporal, este Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgados, tem orientado no sentido de que, não obstante se trate de um requisito objetivo, e embora o *caput* do art. 71 do CP não delimite um intervalo de tempo necessário para que estejam configuradas as “mesmas condições

de tempo” para fins de reconhecimento da continuidade delitiva, mostra-se inviável reconhecer-se o crime continuado entre delitos cometidos em intervalos temporais superiores a 30 (trinta) dias, da qual é exemplo o precedente a seguir colacionado:

Habeas corpus. Execução penal. Furtos. Continuidade delitiva. Lapso temporal. Intervalo entre as condutas superior a 30 (trinta) dias. Art. 71, *caput*, do Código Penal. Impossibilidade de unificação de penas.

1. A caracterização da continuidade delitiva exige o preenchimento de requisitos objetivos (tempo, lugar, maneira de execução e outros parâmetros semelhantes) e subjetivos (unidade de desígnios).

2. Apesar de o lapso temporal se tratar de um requisito objetivo, o art. 71, *caput*, do Código Penal não delimita o intervalo de tempo necessário ao reconhecimento da continuidade delitiva.

3. Esta Corte Superior de Justiça, em diversos julgados, tem afastado continuidade delitiva entre crimes cometidos em intervalos superiores a trinta dias.

4. Na hipótese, não se deve considerar razoável o reconhecimento da continuidade delitiva, pois o intervalo entre as condutas é aproximadamente de 02 (dois) meses.

5. Ordem denegada. (HC n. 186.990-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 3.5.2011, DJe 18.5.2011).

No mesmo sentido, a Sexta Turma deste Sodalício:

Penal e Processo Penal. Recurso especial. Ofensa ao art. 617 do CPP. Ocorrência. *Reformatio in pejus*. Impossibilidade. Violação aos arts. 69 e 71 do Código Penal. Continuidade delitiva. Lapso superior a 30 dias. Impossibilidade. Recurso especial a que se dá provimento.

[...]

2. Verificando-se ter transcorrido lapso superior a 30 dias entre os crimes de roubo praticados pelos mesmos agentes, não é possível reconhecer a regra da continuidade delitiva, devendo, incidir, portanto, a regra do concurso material. Precedentes.

3. Recurso Especial a que se dá provimento, para restabelecer a pena aplicada pela sentença condenatória.

(REsp n. 868.784-PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21.9.2010, DJe 11.10.2010).

E, na hipótese que se apresenta, observa-se que embora o primeiro delito de que se tem notícia tenha sido cometido em 31.10.2006, o segundo em 16.11.2006 e o terceiro em 31.11.2006 (e-STJ fls. 96-97), o que se observa, na verdade, é a prática de atos independentes, ainda que próximos temporalmente, característicos de reiteração criminosa - em que deve incidir a regra do concurso material (art. 69 do CP) -, exatamente como procedido pelas instâncias ordinárias, e não a da continuidade delitiva (art. 71 do CP), pelo que, de qualquer forma, não há constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita.

A propósito, o seguinte julgado:

Habeas corpus. Unificação das penas. Continuidade delitiva. Ausência dos requisitos do art. 71 constatada pelas instâncias ordinárias. Reiteração delitiva. Ordem denegada.

1. A continuidade delitiva é, na sistemática penal brasileira, uma criação puramente jurídica. Espécie de presunção, a implicar verdadeiro benefício àqueles que, nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar de execução, praticam crimes da mesma espécie. Isso porque, nada obstante a quantidade de condutas cometidas pelo agente, a lei presume a existência de um crime único.

2. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a reiteração delitiva afasta o reconhecimento do crime continuado.

3. Ordem denegada, por ausência da figura da continuidade delitiva. (HC n. 98.647, Relator Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 13.10.2009).

Ademais, é de se ressaltar que, nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal, mostra-se incabível, nos estreitos limites do remédio constitucional, um maior aprofundamento na apreciação dos fatos e das provas constantes nos processos de conhecimento para a verificação do preenchimento das circunstâncias exigidas para o reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado (Nesse sentido: HC n. 119.540-SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 4.2.2010, DJe 8.3.2010).

Assim, aplicando-se a regra do art. 69 do CP, a pena do paciente resta definitiva em 15 (quinze) anos, 4 (quatro) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão e pagamento de 35 (trinta e cinco) dias-multa, por violação aos arts. 157, § 2º, I e II, e 288, parágrafo único, ambos do CP.

Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem para redimensionar a pena imposta ao paciente, que resta definitiva em 15 (quinze) anos, 4 (quatro) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão e pagamento de 35 (trinta e cinco) dias-

multa, por violação aos arts. 157, § 2º, I e II, e 288, parágrafo único, c.c. art. 69, todos do CP, mantidos, no mais, a sentença e o aresto impugnados.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 190.469-GO (2010/0210748-8)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Pedro Paulo Guerra de Medeiros

Advogado: Pedro Paulo Guerra de Medeiros

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Paciente: Vicente de Paulo Lima (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Tráfico de drogas e lavagem de dinheiro. Alegação de que o direito de sustentar oralmente as razões da apelação foi frustrado. Litisconsortes não representados pelo mesmo advogado. Regra regimental que determina que, em tal hipótese, o tempo de quinze minutos será dobrado, e posteriormente dividido entre os diversos causídicos. Caso em que foi conferido ao defensor o prazo de dez minutos. Impossibilidade de se declarar, indistintamente, a nulidade do ato. Alegação desprovida de demonstração do concreto prejuízo. Art. 563, do Código de Processo Penal. *Pas de nullité sans grief*. *Habeas corpus* denegado.

1. O dispositivo que esclarecia ser direito do Advogado o de “sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido” (art. 7.º, inciso IX, do Estatuto da Advocacia – Lei n. 8.069/1964) foi excluído do ordenamento jurídico, em sua integralidade, pelo Supremo Tribunal Federal (ADI n. 1.105-DF, Tribunal Pleno, Rel. p/ Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 4.6.2010). Assim, não vigora regra que garanta, em qualquer recurso

ou processo, e em qualquer hipótese, que o Advogado terá o tempo de quinze minutos para sustentar oralmente as razões.

2. Para fins de sustentação oral, regimentos internos de diversos Tribunais prevêem que, “[s]e houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, o prazo [de quinze minutos] será contado em dobro e dividido igualmente entre os do mesmo grupo, se diversamente não o convencionarem” (STF, STJ, TRF - 1.^a Região, *v.g.*).

3. O prazo de dez minutos não frustra, aprioristicamente, o direito de sustentação oral, mormente porque foi rigidamente observada a regra regimental pertinente.

4. Alegações genéricas de nulidade, desprovidas de demonstração do concreto prejuízo, não podem dar ensejo à invalidação da ação penal. É imprescindível em tais casos a demonstração de prejuízo, pois o art. 563, do Código de Processo Penal, positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades – *pas de nullité sans grief*.

5. No caso, a Defesa não se desincumbiu do ônus de especificar de que forma a limitação do prazo maculou sua sustentação oral, demonstrando de que modo e porque o tempo regimental deixou de ser suficiente. Tal fato não ocorreu, tendo a alegação de constrangimento ilegal sido formulada genericamente, tão somente na limitação do prazo, sem indicação precisa dos pontos que deixaram de ser sustentados, ou não puderam ser narrados corretamente.

6. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Sustentou oralmente: Dr. Pedro Paulo Guerra de Medeiros (p/pacte).

Brasília (DF), 19 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 28.6.2012

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de *Vicente de Paulo Lima*, contra ato do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Alega-se, na presente sede processual, em suma, que o Tribunal Impetrado, no julgamento da Apelação n. 2003.35.00.001211-5-GO, ilegalmente, não concedeu à defesa técnica do Paciente o direito de fazer sustentação oral pelo prazo de 15 minutos, razão pela qual se requer a anulação do acórdão.

A Corte Impetrada prestou informações às fls. 186-195, acompanhadas de documentos.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 247-249, pela denegação.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O fundo da controvérsia pode ser analisado, por não estar precluso, uma vez que o Advogado do Paciente, durante a sessão de julgamento no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, impugnou o prazo que lhe foi concedido para sustentar oralmente, conforme certidão encaminhada ao meu Gabinete pela Corte Impetrada, que ora faço juntar.

Passo, então, ao mérito da impetração.

Inicialmente, esclareço que o dispositivo que estabelecia ser garantia do Advogado a de “sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido” (art. 7º, inciso IX, do Estatuto da Advocacia – Lei n. 8.069/1964) foi excluído do ordenamento jurídico, em sua integralidade, pelo Supremo Tribunal Federal (ADI n. 1.105-DF, Tribunal Pleno, Rel. p/ Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 4.6.2010).

Assim, não vigora regra que preveja ser direito do Advogado o de sempre sustentar suas razões oralmente pelo prazo mínimo de quinze minutos, indistintamente.

Prosseguindo, não se descarta do fato de que, segundo combinação do art. 610, parágrafo único, com o art. 613, inciso III, do Código de Processo Penal, o

prazo para o Advogado sustentar oralmente suas razões recursais, em delito com previsão de pena de reclusão (como no caso, em que o Paciente foi condenado pela prática do delito de tráfico de drogas e lavagem de dinheiro) é de quinze minutos. Confira-se:

Art. 610. Nos recursos em sentido estrito, com exceção do de *habeas corpus*, e nas apelações interpostas das sentenças em processo de contravenção ou de crime a que a lei comine pena de detenção, os autos irão imediatamente com vista ao procurador-geral pelo prazo de cinco dias, e, em seguida, passarão, por igual prazo, ao relator, que pedirá designação de dia para o julgamento.

Parágrafo único. Anunciado o julgamento pelo presidente, e apregoadas as partes, com a presença destas ou à sua revelia, o relator fará a exposição do feito e, em seguida, o presidente concederá, pelo prazo de 10 (dez) minutos, a palavra aos advogados ou às partes que a solicitarem e ao procurador-geral, quando o requerer, por igual prazo.

Art. 613. As apelações interpostas das sentenças proferidas em processos por crime a que a lei comine pena de reclusão, deverão ser processadas e julgadas pela forma estabelecida no art. 610, com as seguintes modificações:

I - exarado o relatório nos autos, passarão estes ao revisor, que terá igual prazo para o exame do processo e pedirá designação de dia para o julgamento;

II - os prazos serão ampliados ao dobro;

III - o tempo para os debates será de um quarto de hora.

Entretanto, o Código é omissivo quanto ao tempo da sustentação na hipótese de litisconsórcio, em que os Advogados representam partes diversas. E, repita-se, não vige no ordenamento jurídico processual norma que estabeleça que a sustentação oral, em qualquer hipótese, será de quinze minutos, inequivocamente.

Desta feita, para a solução da presente controvérsia, o essencial é saber se o prazo de dez minutos para sustentação oral que foi concedido ao Defensor do Paciente, quando do julgamento do seu recurso de apelação, é suficiente, ou não, para a exposição de suas razões.

Reputo que sim.

No caso, a definição do prazo de dez minutos deu-se porque se habilitaram para sustentar oralmente três Advogados que patrocinavam três distintos Apelantes. Daí, o prazo inicial de quinze foi dobrado, para trinta minutos, que foi posteriormetne dividido pelos três Casuísticos.

Com efeito, ante à ausência de normas legais a propósito, regimentos internos dos Tribunais pátrios adotaram, como solução, a de dobrar o prazo, e dividi-lo entre o número de advogados. Confira-se:

Art. 132. Cada uma das partes falará pelo tempo máximo de 15 minutos, excetuada a ação penal originária, na qual o prazo será de uma hora, prorrogável pelo Presidente.

§ 1º [...].

§ 2º Se houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, o prazo, que se contará em dobro, será dividido igualmente entre os do mesmo grupo, se diversamente entre eles não se convencionar. (STF).

Art. 160. Nos casos do § 1º do artigo anterior, cada uma das partes falará pelo tempo máximo de quinze minutos, excetuado o julgamento da ação penal originária, na qual o prazo será de uma hora (art. 229, V).

§ 1º [...].

§ 2º Se houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, o prazo será contado em dobro e dividido igualmente entre os do mesmo grupo, se diversamente não o convencionarem. (STJ).

Art. 46. Nos casos do parágrafo único do artigo anterior, cada uma das partes falará pelo tempo máximo de *quinze minutos*, excetuada a ação penal originária, na qual o prazo será de uma hora.

§ 1º [...].

§ 5º *Havendo litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, o prazo será contado em dobro e dividido igualmente entre os advogados do mesmo grupo, se diversamente não o convencionarem.* (TRF - 1ª Região, sem grifos nos originais).

Relembre-se, de qualquer forma, que vários órgãos do Poder Judiciário prevêm, ordinariamente, para sustentação oral de Advogados, o prazo de dez minutos. Exemplificativamente, as seguintes regras de regimentos internos:

Art. 125. Nos julgamentos, será assegurado direito à sustentação oral ao interessado ou a seu advogado, e, se for o caso, ao Presidente do Tribunal, pelo prazo de dez (10) minutos. (Conselho Nacional de Justiça).

Art. 23. Feito o relatório, cada uma das partes poderá, no prazo improrrogável de dez minutos, salvo o disposto nos arts. 40, 64, 70, § 7º, e 80, sustentar oralmente as suas conclusões. Nos embargos de declaração não é permitida a sustentação oral. (Tribunal Superior Eleitoral).

Art. 55. Após o relatório, os advogados das partes e o Procurador Regional Eleitoral poderão usar da palavra por 10 (dez) minutos cada um, para, a seguir, o Relator proferir seu voto, colhendo-se os dos demais Juízes. (Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina).

Não só isso. Observo, das notas taquigráficas das defesas orais dos três Apelantes – já juntadas aos autos –, que em nenhum momento das sustentações houve menção a situação de outro Corréu, ou alegação de um em demérito de outro, nem foi aduzida situação diversa das que já haviam sido narradas nos autos, o que por si só, não demonstrou a necessidade de se prolongar as sustentações.

Há ainda que se considerar que a Defesa alega, em verdade, a nulidade de um ato. Porém, sem a demonstração específica do prejuízo causado, não há como invalidá-lo.

No caso, seria ônus do Impetrante especificar de que forma a limitação do prazo maculou o ato, demonstrando de que modo e porque a sustentação oral deixou de ser suficiente. Tal fato não ocorreu, tendo a alegação de constrangimento ilegal sido formulada genericamente, tão somente na limitação do prazo, sem indicação precisa dos pontos que deixaram de ser sustentados, ou não puderam ser narrados corretamente.

Repita-se, em tais casos, é imprescindível a demonstração de prejuízo, pois o art. 563, do Código de Processo Penal, positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades – *pas de nullité sans grief*.

Ora, dispõe o referido dispositivo:

Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Por fim, não me olvido que, em outros precedentes desta Corte, foi anulado o julgamento de recursos em que se conferiu, à Defesa, prazo menor que os quinze minutos regimentais para sustentação. Foi o que ocorreu no HC n. 150.937-RJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 22.3.2010; no HC n. 41.698-PR, 5.^a Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 20.3.2006; no HC n. 32.862-RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 16.8.2004; e no REsp n. 888.467-SP, 4.^a Turma, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 6.10.2011.

Porém, não foi esclarecido, na petição inicial, de apenas cinco laudas, se a situação dos autos se parecia com a versada no HC n. 41.698-PR, Rel. Min

Felix Fischer, citado na peça, no qual facilmente se observa que as defesas dos diversos Apelantes tinham fundamentos completamente diversos entre si. Confira-se o que relatado no HC n. 41.698-PR:

“O denunciado Fernando recorreu alegando a ausência de provas do poder de gestão na empresa CDB e da consciência dos delitos praticados pela empresa. Sustentou estar na mesma situação do co-réu Ademir, devendo-lhe ser dispensado tratamento idêntico. No tocante ao crime de falso, afirmou que as procurações fraudulentas já existiam antes dele começar a prestar serviços na CDB e os demais documentos que apresentaram declarações falsas não eram de sua responsabilidade elaborar ou assinar. Alegou, ainda, negativa de dolo e impossibilidade de imputação de co-autoria, por não ter o domínio do fato. (fls. 2.531-2.563).

Soraya, por sua vez, apelou sustentando a nulidade da sentença por violação do princípio da correlação e alegando ausência de provas da sua participação nas condutas delituosas, ausência de motivação em relação à tese de ilicitude na produção de provas e de atipicidade. (fls. 2.719-2.758).

Cristóvam Dionísio de Barros Cavalcanti, em seu turno, insurgiu-se contra a sentença condenatória afirmando que, face o princípio da especialidade, o crime de falso deve ser absorvido pelo de sonegação. Sustentou a ocorrência de prescrição pela pena em concreto e a ausência de provas da autoria nos crimes de sonegação e quadrilha. (fls. 2.768-2.777).

Por fim, Cristóvam Dionísio de Barros Cavalcanti Júnior recorreu alegando, preliminarmente, violação do princípio do devido processo legal, do juiz natural, da garantia constitucional da intimidade, dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Aduziu ofensa ao art. 9º da Lei n. 9.296/1996, cerceamento de defesa ante o indeferimento das diligências requeridas na fase do art. 499) do CPP, litispendência, negativa de vigência ao art. 144, § 1º da CF/1988, contradição no que se refere à consunção e à materialidade dos crimes contra a ordem tributária, falta de motivação em relação às agravantes e violação ao princípio da correlação. No mérito, sustentou a inoportunidade de falsidade ideológica, atipicidade, consunção entre os delitos de falsidade ideológica e contra a ordem tributária e inexistência dos crimes contra a ordem tributária e de formação de quadrilha. Postulou a revisão da dosimetria da pena, sobretudo no que concerne à aplicação das agravantes e da continuidade delitiva. (fls. 2.818-2.873).

Na presente hipótese, não há nenhuma menção na inicial de que as sustentações dos Apelantes tratavam de defesas completamente distintas, com conteúdo plenamente diverso, e que por isso deveria ter sido conferido o prazo de quinze minutos para a sustentação oral de cada réu.

Acrescente-se, ainda, que não foi conferido, na espécie, *prazo menor que dez minutos* para a sustentação, como no HC n. 150.937-RJ, Rel. Min. Felix Fischer, no HC n. 32.862-RJ, Rel. Min. Felix Fischer, ou no REsp n. 888.467-SP, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão (inclusive, nos dois últimos *habeas corpus* citados, ocorreu a absurda situação em que se concedeu *menos de dois minutos para cada defesa oral* – o que evidentemente não é o caso).

Nesse contexto, entendo que, no caso, a concessão ao Causídico do tempo de dez minutos para proceder à sustentação oral não frustrou o direito de defesa, pois tal prazo foi suficiente para a exposição de suas razões, tendo sido, ainda, *foi rigidamente observada a regra regimental pertinente*.

Ante o exposto, *denego* a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 203.103-MG (2011/0079287-5)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Impetrante: Eduardo Ribeiro de Oliveira e outros

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1a Região

Paciente: Carlos Eduardo Konder Lins e Silva

EMENTA

Habeas corpus. Art. 55, *caput*, da Lei n. 9.605/1998 e art. 2º, *caput*, da Lei n. 8.176/1991. Ausência de adequação entre as condutas narradas e os fatos típicos imputados. Falta de justa causa para a ação penal. Constrangimento ilegal verificado. Ordem concedida com extensão dos efeitos. Liminar deferida ratificada.

1. O trancamento de ação penal, através da estreita e exígua via do *habeas corpus*, configura medida de exceção, somente cabível nas hipóteses em que se demonstrar, à luz da evidência, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou outras situações comprováveis de plano, suficientes ao prematuro encerramento da persecução penal.

2. No caso, a denúncia imputa a prática de duas condutas ao paciente, uma comissiva e outra omissiva, ações essas que teriam caracterizado os crimes previstos no art. 55, *caput*, da Lei n. 9.605/1998, e no art. 2º, *caput*, da Lei n. 8.176/1991.

3. A conduta comissiva teria se dado, segundo a denúncia, ante o contrato celebrado entre a empresa Mearim, administrada pelo paciente à época dos fatos, e o corréu Sebastião, pois o acordo, segundo a peça acusatória, autorizava a extração ilegal de diamantes pelo corréu Sebastião, não obstante a referida empresa possuísse permissão apenas para realizar pesquisas. Contudo, os termos do contrato conduzem expressamente a conclusão diversa, visto que o contrato buscava justamente impedir a extração ilegal que vinha sendo realizada.

4. A conduta omissiva teria ocorrido porque os administradores da empresa “detinham efetivo conhecimento da extração ilegal por terceira pessoa, bem como da degradação ambiental causada e, mesmo lhes sendo possível, não impediram a produção do resultado”. Entretanto, a exordial detém-se a fazer essa afirmativa sem apontar de que modo o não fazer era penalmente relevante e em que momento houve a assunção da posição de garante (se o dever de agir originou-se da previsão contida na alínea **a**, **b** ou **c** do § 2º do art. 13 do CP).

5. Não se está, em sede de *habeas corpus*, buscando a aferição de elementos subjetivos e complexos acerca da autoria da prática delitiva, providência essa sabidamente incompatível com a via estreita do *writ*, mas apenas, ante a incontroversa e flagrante ilegalidade verificada, constatando não haver adequação típica entre as condutas narradas e os tipos penais atribuídos, seja na forma comissiva ou omissiva, o que remete de pronto à falta de justa causa para a persecução penal, tornando-se imperioso, portanto, o desfazimento do inequívoco constrangimento ilegal a que está submetido o paciente.

6. Considerando a identidade de situações entre o paciente e o corréu, também administrador da empresa e, portanto, denunciado pelos mesmos fatos e nos mesmos moldes, necessária a extensão dos efeitos do presente julgado, como preconiza o art. 580 do Código de Processo Penal.

7. *Habeas corpus* concedido, ratificada a liminar deferida, para extinguir, por falta de justa causa, a Ação Penal n. 2009.39.06.00409-

6 em relação ao paciente Carlos Eduardo Konder Lins e Silva, com extensão dos efeitos ao corréu Luis Phillipe Mendes Martins, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, com extensão ao corréu Luís Phillipe Mendes Martins, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 5 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 14.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Carlos Eduardo Konder Lins e Silva, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 1ª Região que denegou a ordem lá impetrada.

Consta dos autos ter sido o paciente denunciado, juntamente com outros dois corréus, pela suposta prática dos crimes previstos no art. 55, *caput*, da Lei n. 9.605/1998, e no art. 2º, *caput*, da Lei n. 8.176/1991, seja porque “na condição de representante da pessoa jurídica *Mearin Sociedade de Mineração Ltda.* (...), celebrou, em 8 de maio de 2002, com o acusado *Sebastião Antônio da Silva*, acordo que permitia a este a lavra de diamantes no local, embora a pessoa jurídica que representava possuísse apenas o alvará de pesquisa na área”, seja porque detinha “efetivo conhecimento da extração ilegal do mineral por terceira pessoa, bem como da degradação ambiental causada” e, mesmo sendo possível, não impediu a produção do resultado (fls. 71-72).

Dessa forma, entendeu o *parquet* que o contrato formulado pela empresa Mearim - detentora apenas de alvará de pesquisa - autorizava o corrêu Sebastião - proprietário das terras - a explorar ilegalmente diamantes naquela área. Concluiu, ainda, o Ministério Público Federal, que a referida empresa, embora tivesse pleno conhecimento da lavra do mineral pelo Sr. Sebastião, nada fez para cessar a prática ilícita.

Impetrado *habeas corpus* no Tribunal de origem visando o trancamento da ação penal, a ordem foi denegada, em acórdão assim ementado (fl. 501):

Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Trancamento da ação penal. Inexistência de justa causa. Atipicidade da conduta. Ordem denegada.

1. A denúncia descreve fato que, em tese, constitui crime e contém concreta imputação de fatos ao paciente.

2. Para que seja a ação criminal abortada *ab initio*, faz-se mister a plena configuração da causa injusta, que transforma o processamento criminal em ato abusivo, o que não é o caso.

3. A análise aprofundada da tipicidade da conduta do paciente há de ser investigada no bojo da instrução criminal.

4. Ordem denegada.

No presente *writ*, sustentam os impetrantes ausência de justa causa para a ação penal, tendo em vista que o acordo firmado entre a empresa representada pelo paciente e o corrêu Sebastião não autorizava este último a realizar atividades de garimpo na área mas, ao contrário, ressaltava a necessidade de regularização da extração de diamantes junto ao órgão competente.

Alegam que o paciente não aderiu à conduta do corrêu Sebastião, consistente na extração ilegal de diamantes e, ao invés disso, “a persecução penal somente teve início porque a empresa denunciou o garimpo ilegal praticado na área de sua concessão” (fl. 14).

Aduzem a atipicidade da conduta, pois o paciente não praticou qualquer dos núcleos dos tipos imputados, já que não produziu bens ou explorou matéria-prima pertencente à União (art. 2º, *caput*, da Lei n. 8.176/1991), tampouco executou pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização (art. 55, *caput*, da Lei n. 9.605/1998), e que deixar de impedir a produção do resultado não subsume-se em nenhum dos referidos delitos, “sendo inadmissível converter tipo penal comissivo em comissivo por omissão, ainda mais quando o paciente não figura como garantidor, cabendo reiterar que a extração ilegal foi constatada após a saída da *Mearim* da área” (fl. 18).

Afirmam, ainda, que, caso o ajuste permitisse a lavra de diamantes ou o paciente, diante do conhecimento da extração ilegal, tivesse o dever de impedir o resultado, o Ministério Público Estadual teria firmado termo de ajustamento de conduta não apenas com o corréu Sebastião.

Enfatizam a violação ao art. 93, IX, da Constituição Federal, em virtude de o Juízo de primeiro grau não ter fundamentado devidamente a rejeição das alegações formuladas em sede de defesa preliminar.

Postulam, assim, o trancamento da ação penal em relação ao paciente ou, subsidiariamente, seja declarada a nulidade do processo a partir da decisão que, após a resposta à denúncia, determinou o prosseguimento do feito.

Liminar deferida às fls. 535-537 a fim de suspender o curso da ação penal.

O douto Ministério Público Federal, ao manifestar-se (fls. 548-551), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): Conforme relatado, busca a impetração o trancamento da ação penal, sustentando, em suma, a ausência de justa causa para a persecução penal. Subsidiariamente, pleiteia a nulidade do processo a partir da decisão que, após a resposta à denúncia, determinou o prosseguimento do feito, sob o fundamento de ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal.

Vamos ao pedido principal.

É bem verdade, não se questiona, que o trancamento de ação penal, através da estreita e exígua via do *habeas corpus*, configura medida de exceção, somente cabível nas hipóteses em que se demonstrar, à luz da evidência, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou outras situações comprováveis de plano, suficientes ao prematuro encerramento da persecução penal.

Rememoro, no particular, lição exarada pela Suprema Corte, ao salientar que o “reconhecimento da inocorrência de justa causa para a persecução penal (...) reveste-se de caráter excepcional. Para que tal se revele possível, impõe-se que inexista qualquer situação de iliquidez ou de dúvida objetiva quanto aos fatos subjacentes à acusação penal” (HC n. 81.234-SP, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, Informativo n. 317, 2003).

Não se admite, por essa razão, na maior parte das vezes, a apreciação de alegações fundadas na ausência de dolo na conduta do agente ou de inexistência de indícios de autoria e materialidade em sede mandamental, pois tais constatações dependem, via de regra, da análise minuciosa dos fatos, ensejando revolvimento de provas incompatível com o rito sumário do *habeas corpus*.

Feitas essas considerações, passo à análise da questão.

Diz a peça acusatória (fls. 70-73):

(...)

Os denunciados, conforme constatado no dia 10 de outubro de 2005, em um imóvel rural localizado no município de Coromandel-MG, executaram, em comunhão de desígnios e mediante volição livre e consciente, extração de recursos minerais sem a competente licença do órgão ambiental, bem como exploraram matéria prima pertencente à União, sem autorização do órgão competente, através da constante retirada de cascalho diamantífero/diamante no referido local.

A exploração do diamante era realizada diretamente pelo acusado *Sebastião Antônio da Silva*, proprietário do imóvel rural, através de garimpo mecanizado, mediante a utilização de retroescavadeira e pá carregadeira, conforme *notitia criminis* de fls. 09-10, sem a necessária autorização para exploração do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM (fl. 16), conforme exigido pela Lei n. 7.805/1989 e Decreto-Lei n. 277/1967.

Consta que, à época dos fatos, a área utilizada para as atividades de extração de cascalho diamantífero/diamante, embora de propriedade do acusado *Sebastião Antônio da Silva*, era objeto de título minerário, Alvará de Pesquisa n. 830.323/86, concedido pela DNPM à pessoa jurídica *Mearim Sociedade de Mineração Ltda.*, consoante fl. 41.

Nesta Senda, o acusado *Carlos Eduardo Konder Lins e Silva*, na condição de representante da pessoa jurídica *Mearim Sociedade de Mineração Ltda.*, conforme contrato social às fls. 172-175, celebrou, em 8 de maio de 2002, com o acusado *Sebastião Antônio da Silva*, acordo que permitia a este a lavra de diamantes no local, embora a pessoa jurídica que representava possuísse apenas o alvará de pesquisa na área, fls. 21-24.

Ainda, verificou-se que o acusado *Luis Philippe Mendes Martins*, na condição de administrador da pessoa jurídica *Mearim Sociedade de Mineração Ltda.* desde maio de 2005, conforme alteração contratual de fls. 176-184, manteve-se inerte, permitindo que o acusado *Sebastião Antônio da Silva* prosseguisse com a atividade extrativista no local, ciente de sua irregularidade, vindo a se manifestar apenas em setembro de 2005, conforme se extrai às fls. 09-10.

Assim, tem-se que os acusados *Carlos Eduardo Konder Lins e Silva* e *Luis Philippe Mendes Martins*, na condição de administradores da empresa *Mearim Sociedade de Mineração Ltda.*, detinham efetivo conhecimento da extração ilegal do mineral por terceira pessoa, bem como da degradação ambiental causada e, mesmo lhes sendo possível, não impediram a produção do resultado.

Ainda, nenhum dos denunciados possuía autorização do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM para a extração do diamante, conforme exigido pela Lei n. 7.805/1989 E Decreto-Lei n. 227/1967, haja vista que a pessoa jurídica *Mearim Sociedade de Mineração Ltda.*, possuía, à época, apenas alvará de pesquisa, que não permite a exploração do minério.

O dano ambiental foi constatado pelo Laudo de Exame para Constatação de Dano Ambiental (Extração Mineral) de fls. 141-147, bem como pelo anexo fotográfico de fls. 25-29 e 34-37.

As ações perpetradas configuram-se em usurpação do patrimônio da União (art. 20, IX c.c. art. 176, par. 1º, CF) e extração de recursos minerais sem a competente autorização, atentando contra o meio ambiente, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (art. 225, CF).

Assim agindo, os denunciados praticaram os delitos previstos no artigo 55, *caput*, da Lei n. 9.605/1998 e artigo 2º, *caput*, da Lei n. 8.176/1991, em concurso formal (art. 70, parte final), sujeitando-se às sanções aplicáveis.

Ante o exposto, o *Ministério Público Federal* denuncia *Carlos Eduardo Konder Lins e Silva* e *Luis Philippe Mendes Martins*, pela conduta típica prevista no art. 2º, *caput*, da Lei n. 8.176/1991 c.c. art. 55, *caput*, da Lei n. 9.605/1998 c.c. arts. 29 e 70 do Código Penal e *Sebastião Antônio da Silva* pela conduta típica prevista no art. 2º, *caput*, da Lei n. 8.176/1991 c.c. art. 29, e requer que, recebida a presente, sejam os denunciados devidamente citados para os termos desta ação penal, até final condenação.

O contrato firmado, no ano de 2002, entre a empresa Mearim e o réu Sebastião, a que se refere a denúncia, foi estabelecido nos seguintes termos (fls. 95-98):

Prezado Sr. Sebastião

1 - Como é de seu conhecimento, a Mearim Sociedade de Mineração Ltda., subsidiária do grupo liderado pela Minmet Plc, da Dublin, Irlanda, é titular do Alvará de Pesquisa n. 830.323/86 expedida pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), do Ministério das Minas e Energia, autorizando-a a pesquisar diamantes na área coberta pelo dito alvará.

2 - O alvará em questão encontra-se parcialmente em terras de sua propriedade. Conquanto o acesso às mesmas seja facultado pelo Código de Mineração, entendemos necessário formalizar um acordo com V. S. sobre o uso, pela Mearim, das terras.

3 - Vimos assim confirmar, por escrito, o que acreditamos refletir os entendimentos a que chegamos a respeito do assunto acima.

4 - A Mearim terá livre acesso e uso pleno de toda a superfície de sua propriedade e englobada no terreno do Alvará n. 830.323/86, pelo período necessário à finalização dos trabalhos de pesquisa e pela vida da lavra da jazida porventura encontrada.

5 - Durante o período de pesquisa, que estimamos poder concluir entre 6 a 10 meses, pagaremos a V. S. um "royalty" equivalente a 12% do valor dos diamantes que forem localizados na área de sua propriedade. Tal pagamento far-se-á até 30 dias após a localização e lavra dos diamantes.

6 - Encerrado o trabalho de pesquisa a que se refere o parágrafo anterior poderemos desistir do projeto cedendo a V. S. os direitos minerários sobre o alvará. Caso deseje a Mearim prosseguir na lavrada reserva mineral, deixaríamos a V. S. duas opções, a saber:

a) Receber um "royalty" de 6% sobre os diamantes resultantes de lavra, aplicando-se o mesmo critério do item 5 acima, pagamento esse a perdurar enquanto em andamento a operação.

b) Vender sua propriedade pelo preço certo e ajustado de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) por hectare (a venda deve englobar até 500 ha, a juízo e escolha da Mearim) e pagável à vista quando da lavratura da escritura própria. Nessa hipótese autorizaríamos o uso das terras por V. S. para gado e movimento desde que tais atividades não interfiram com os trabalhos de lavra.

7 - Fica desde logo entendido que a gleba de terras assim adquirida seria revendida a V. S. dentro de 6 (seis) anos pelo preço previamente ajustado de R\$ 5,00 (cinco reais) por hectare. As terras seriam restauradas, antes de tal venda, na forma e condições determinadas pelo Código de Mineração, inclusive com cercas, benfeitorias e lavouras ora existentes.

8 - Estamos cientes de que familiares de V. S. vem conduzindo operações de garimpo na área, há algum tempo, trabalhos ora suspensos. Haveria de sua parte disposição de retomar os ditos trabalhos, se e quando possível.

9 - No correr da referida operação de garimpo, V. S. adquiriu equipamentos diversos. Manifestamos nossa intenção de dentro do possível, arrendar os ditos equipamentos. O arrendamento em tela obedeceria a certos parâmetros, tais como

a) a livre escolha, pela Mearim, das peças que julgar úteis a seus trabalhos;

b) a obrigação de devolver os equipamentos arrendados ao fim de sua utilidade, em condições de uso, entendido sempre que o desgaste natural dos mesmos não ensejaria reparação ou custo.

O valor do arrendamento seria o equivalente a metade da produção trabalhada pelo mesmo equipamento deduzido previamente o "royalty" referido no item 5 acima.

V. S. terá acesso as informações necessárias para verificar a exatidão do “royalty” a ser pago. Poderá também indicar representante de sua confiança para a mesma tarefa. O exercício desse direito será sempre feito em coordenação estreita por nossa empresa para evitar o vazamento de informações.

10 - Conhece V. S. as disposições legais pertinente às concessões de pesquisa e lavra outorgados pelo Governo Federal. Assim, qualquer ajuste a que chegemos necessitaria de aprovação explícita do DNPM para ter validade.

11 - Dentro do princípio *supra* mencionado, declaramos, de forma expressa, que a Mearim usaria de seus melhores esforços para obter do DNPM uma subconcessão ou outra forma legal para permitir a V. S. E sua família lavrar parcela de área total englobada pelo Alvará n. 830.323/86. Para esse fim, apresentaremos pedido ao DNPM, indicando a área abrangida por esse arranjo, seus termos e condições. Para maior clareza, a porção de terras visada por V. S. foi delimitada em mapa que V. S. nos entregou e que poderia ser junto, à sua conveniência.

12 - A Mearim obriga-se a submeter esse pleito ao DNPM até 30 dias após a conclusão de nossos entendimentos. A elaboração e apresentação do pedido ao DNPM incumbirão à Mearim exclusivamente, devendo essa incorrer com quaisquer custos necessários.

13 - Existem algumas pré-condições para que o acerto acima se conclua plenamente (e sempre com o intuito de fazer com que a transação seja aceitável pelo DNPM). Listamos a seguir as mesmas:

a - criação, por V. S. de empresa de mineração dentro dos moldes previstos em lei (e que seria a titular do negócio aqui ajustado com a Mearim).

b - a futura empresa deveria estar totalmente legalizada do ponto de vista contábil, fiscal, previdenciário e trabalhista.

c - os trabalhos da dita empresa seguiram as normas e parâmetros de plano de lavra preparado pela Mearim e aceito pelo DNPM, de forma a não afetar, de maneira alguma, a situação da concessão detida pela Mearim.

d - a Mearim daria supervisão técnica aos trabalhos da nova empresa, para assegurar que seu trabalho de lavra estivesse em consonância com as normas e posturas do DNPM.

e - a nova empresa de V. S. obteria a necessária licença prévia e depois manteria em vigor todas as obrigações de natureza ambiental aplicáveis a trabalhos de mineração.

14 - Satisfeitas essas pré-condições e obtido o consentimento do DNPM lavraríamos prontamente o instrumento próprio que refletisse as nossas obrigações assumidas.

15 - No caso de vir a Mearim a adquirir as terras de sua propriedade (item 6) deverá ajustar com a empresa de seus familiares (item 13) e continuidade dos trabalhos, em condições justas e aceitáveis para as duas partes.

16 - Reconhecendo que os trâmites burocráticos necessários para o entendimento podem envolver algum tempo, a Mearim e V. S. estariam acordados em que todas as demais cláusulas e condições entrariam em vigor imediatamente, de forma a permitir a conclusão da pesquisa pela Mearim e o eventual início de sua lavra, se justificado.

17 - Qualquer controvérsia que possa resultar de nosso acordo não suspenderia os trabalhos que deveriam prosseguir normalmente enquanto a dita controvérsia fosse dirimida pelo juízo de Coromandel-MG, com a renúncia nossa e de V. S. a qualquer outra jurisdição, por mais privilegiada.

18 - Solicitamos sua assinatura na 2ª via desta, refletindo nossos ajustes e servindo de instrumento contratual a reger nosso relacionamento, daqui por diante.

Como se vê, a exordial imputa, ao que parece, já que não é suficientemente clara, a prática de duas condutas ao paciente, *uma comissiva e outra omissiva*, ações essas que teriam caracterizado os crimes previstos no art. 55, *caput*, da Lei n. 9.605/1998, e no art. 2º, *caput*, da Lei n. 8.176/1991.

A conduta comissiva teria se dado ante o contrato celebrado entre a empresa Mearim, administrada pelo paciente à época dos fatos, e o corrêu Sebastião, pois o acordo, segundo a peça acusatória, autorizava a extração ilegal de diamantes pelo corrêu Sebastião, não obstante a referida empresa possuísse permissão apenas para realizar pesquisas.

De início, destaca-se a afirmativa constante da própria denúncia no sentido de que houve a autorização da exploração do mineral pela Mearim mesmo considerando que ela detinha somente o alvará de pesquisa.

Ainda que ignorado esse fato, a simples leitura do contrato acima transcrito, o qual serviu para embasar a exordial, demonstra o contrário do sustentado pelo *parquet*.

Isso porque, os termos do contrato, a meu ver, não mostram outra coisa que não a tentativa da empresa Mearim de impedir a extração ilegal que vinha sendo realizada pelo proprietário das terras (corrêu Sebastião).

Essa é justamente a conclusão que se extrai do consignado nas seguintes cláusulas (fls. 96):

8 - Estamos cientes de que familiares de V. S. vem conduzindo operações de garimpo na área, há algum tempo, trabalhos ora suspensos. (...)

9 - No correr da referida operação de garimpo, V. S. adquiriu equipamentos diversos. Manifestamos nossa intenção de dentro do possível, arrendar os ditos equipamentos. (...)

Dessa forma, difícil, para não dizer impossível, afirmar que o acordo em comento permitia a exploração dos diamantes. Ao contrário, não se pode ignorar que a própria Mearim expressamente assevera que as questões relativas às concessões de lavra somente têm validade mediante aprovação do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM. Veja-se (fl. 96):

10 - Conhece V. S. as disposições legais pertinente às concessões de pesquisa e lavra outorgados pelo Governo Federal. Assim, qualquer ajuste a que cheguemos necessitaria de aprovação explícita do DNPM para ter validade.

Portanto, como conceber que no mesmo documento a empresa autorizaria a exploração mineral pelo corrêu Sebastião, tal qual afirmado na denúncia, mas, no sentido oposto, ressalta não possuir poderes para tanto?

Ademais, o ajuste é claro ao afirmar que a empresa Mearim tentaria obter autorização do órgão competente (DNPM) para que o corrêu Sebastião pudesse retomar, *em parte da área*, a extração que havia começado e que, naquela oportunidade, estava suspensa. Consoante se lê abaixo, a Mearim se comprometeu a pleitear a aludida permissão junto à DNPM no prazo de 30 dias, prazo esse que somente começaria a correr quando Sebastião cumprisse com as pré-condições estabelecidas, o que parece não ter ocorrido (fls. 96-97):

11 - Dentro do princípio *supra* mencionado, declaramos, de forma expressa, que a Mearim usaria de seus melhores esforços para obter do DNPM uma subconcessão ou outra forma legal para permitir a V. S. e sua família lavrar *parcela de área* total englobada pelo Alvará n. 830.323/86. Para esse fim, apresentaremos pedido ao DNPM, indicando a área abrangida por esse arranjo, seus termos e condições. Para maior clareza, a porção de terras visada por V. S. foi delimitada em mapa que V. S. nos entregou e que poderia ser junto, à sua conveniência.

12 - A Mearim obriga-se a submeter esse pleito ao DNPM até 30 dias após a conclusão de nossos entendimentos. A elaboração e apresentação do pedido ao DNPM incumbirão à Mearim exclusivamente, devendo essa incorrer com quaisquer custos necessários.

13 - Existem algumas pré-condições para que o acerto acima se conclua plenamente (e sempre com o intuito de fazer com que a transação seja aceitável pelo DNPM). Listamos a seguir as mesmas:

a - criação, por V. S. de empresa de mineração dentro dos moldes previstos em lei (e que seria a titular do negócio aqui ajustado com a Mearim).

b - a futura empresa deveria estar totalmente legalizada do ponto de vista contábil, fiscal, previdenciário e trabalhista.

c - os trabalhos da dita empresa seguirem as normas e parâmetros de plano de lavra preparado pela Mearim e aceito pelo DNPM, de forma a não afetar, de maneira alguma, a situação da concessão detida pela Mearim.

d - a Mearim daria supervisão técnica aos trabalhos da nova empresa, para assegurar que seu trabalho de lavra estivesse em consonância com as normas e posturas do DNPM.

e - a nova empresa de V. S. obteria a necessária licença prévia e depois manteria em vigor todas as obrigações de natureza ambiental aplicáveis a trabalhos de mineração.

14 - Satisfeitas essas pré-condições e obtido o consentimento do DNPM lavraríamos prontamente o instrumento próprio que refletisse as nossas obrigações assumidas.

15 - No caso de vir a Mearim a adquirir as terras de sua propriedade (item 6) deverá ajustar com a empresa de seus familiares (item 13) e continuidade dos trabalhos, em condições justas e aceitáveis para as duas partes.

Somada a essas constatações de ordem eminentemente interpretativa, parece-me lógico que a empresa Mearim sofreria inequívoco prejuízo financeiro ao autorizar ou até mesmo ser conivente com a extração dos diamantes se sua pesquisa visava exatamente aferir o potencial mineral daquelas terras para posterior exploração, caso viável. O interesse da empresa do paciente na exploração daquelas áreas depreende-se das seguintes cláusulas (fls. 95 e 97):

*4 - A Mearim terá livre acesso e **uso pleno** de toda a superfície de sua propriedade e englobada no terreno do Alvará n. 830.323/86, pelo período necessário à finalização dos trabalhos de pesquisa e **pela vida da lavra da jazida porventura encontrada.***

(...)

*16 - Reconhecendo que os trâmites burocráticos necessários para o entendimento podem envolver algum tempo, a Mearim e V. S. estariam acordados em que todas as demais cláusulas e condições entrariam em vigor imediatamente, de forma a permitir a conclusão da pesquisa pela Mearim **e o eventual início de sua lavra, se justificado.***

Não seria razoável, assim, acreditar que a Mearim obteria um alvará de pesquisa com a finalidade de investigar a existência de jazidas na área, o que demanda, sem sombra de dúvidas, o emprego de inúmeros recursos, inclusive financeiros, para depois permitir que os diamantes fossem extraídos em sua totalidade por terceiro (no caso, o corréu Sebastião).

Note-se que o percentual ajustado a ser pago a Sebastião na hipótese de a Mearim ter interesse na exploração dos diamantes demonstra de forma inequívoca a lucratividade a ser auferida pela empresa com a exploração do mineral (fl. 95):

5 - Durante o período de pesquisa, que estimamos poder concluir entre 6 a 10 meses, pagaremos a V. S. um "royalty" equivalente a 12% do valor dos diamantes que forem localizados na área de sua propriedade. Tal pagamento far-se-á até 30 dias após a localização e lavra dos diamantes.

6 - Encerrado o trabalho de pesquisa a que se refere o parágrafo anterior poderemos desistir do projeto cedendo a V. S. os direitos minerários sobre o alvará. Caso deseje a Mearim prosseguir na lavrada reserva mineral, deixaríamos a V. S. duas opções, a saber:

a) Receber um "royalty" de 6% sobre os diamantes resultantes de lavra, aplicando-se o mesmo critério do item 5 acima, pagamento esse a perdurar enquanto em andamento a operação.

Inexiste, assim, a mínima demonstração do elemento subjetivo do tipo, tampouco da adesão à conduta do corréu Sebastião.

Mesmo com todo esforço empregado para dar à denúncia a finalidade pretendida pelo *parquet*, não consigo visualizar nenhuma conduta comissiva da empresa Mearim, representada pelo paciente, tendente à prática dos delitos imputados.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

Habeas corpus. Crime ambiental. Art. 40 da Lei n. 9.605/1998. Ausência de justa causa para a ação penal. Inexistência de mínimos indícios de autoria. Constrangimento evidenciado.

1. O trancamento da ação penal em sede de *habeas corpus* é medida de todo excepcional, mostrando-se possível, no entanto, quando se mostrar flagrante a ausência de indícios de autoria, a atipicidade dos fatos narrados ou a extinção da punibilidade do agente.

2. Não restando demonstrados mínimos indícios de autoria do paciente no que se refere ao crime ambiental que lhe foi assestado, mostrando-se harmônica a prova colhida no sentido de eximir-lhe de qualquer envolvimento com a construção que teria causado dano à Unidade de Conservação, não se vislumbra justa causa para a deflagração da ação penal em seu desfavor;

3. Ordem concedida, para trancar a Ação Penal n. 045.06.011221-7, movida em desfavor do paciente perante a Vara Criminal da comarca de Palhoça-SC. (HC n. 106.828-SC, Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe de 16.11.2010).

Confira-se, ainda, as lições extraídas do julgamento do *Habeas Corpus* n. 65.833-SP, assim ementado:

Criminal. HC. Subtração ou inutilização de livro ou documento. Trancamento da ação penal. Ausência de indícios de autoria. Acusação fundada em presunções. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem concedida. Ao devido processo legal.

A alegação de ausência de justa causa para a ação penal, hábil a ensejar o seu trancamento, só pode ser reconhecida quando, sem a necessidade de exame aprofundado e valorativo dos fatos, indícios e provas, restar inequivocamente demonstrada, pela impetração, a atipicidade flagrante do fato, a extinção da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação, sendo esta última a hipótese dos autos.

A inicial acusatória deve vir acompanhada de um mínimo de provas capazes de comprovar a existência de indícios de que o denunciado é, em princípio, o autor do delito a ele imputado.

Embora a denúncia expresse de forma inequívoca a ocorrência da subtração dos autos da ação de execução fiscal, não logrou demonstrar o vínculo entre o paciente e a empreitada criminoso.

A autoria atribuída ao acusado baseia-se em presunções, conjecturas, eis que, como administrador das empresas executadas e responsável pelo processo perante a companhia, seria ele o maior interessado na subtração do feito, tanto é que não teria cooperado com a Autoridade Policial no curso das investigações.

Conclusões que não autorizam a instauração de processo criminal, se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e o paciente.

Não obstante não se exija prova cabal da autoria, mas apenas indícios, o caso dos autos sequer revela a existência de indícios, mas, tão-somente, a presunção de autoria.

A inexistência absoluta de elementos hábeis a descrever a relação entre os fatos delituosos e a autoria ofende o princípio constitucional da ampla defesa, tornando inepta a denúncia e exurgindo a ausência de justa causa para a ação penal.

Deve ser cassado o acórdão recorrido e trancada a ação penal instaurada contra o paciente.

Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HC n. 65.833-SP, Relator o Ministro *Gilson Dipp*, DJ 5.2.2007).

Quanto à suposta conduta omissiva, menos razão há, ainda, para o prosseguimento da ação penal.

Preconiza o art. 13, § 2º, do Código Penal:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

(...)

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Assim, para a imputação de crimes na modalidade omissiva mostra-se necessário, além dos elementos objetivos do próprio tipo incriminador, que a omissão possua relevo penal, o que somente se verifica quando o agente assume a posição de garantidor da não realização do resultado, posição essa adquirida, nos termos do dispositivo *supra*, por imposição legal ou por obrigação de impedir o resultado - seja por assunção de responsabilidade, seja ante a criação de risco.

Considerando a presunção - para muitos relativa - de que a lei não traz exigências inúteis, ainda mais em se tratando de norma restritiva afeta ao direito penal incriminador, imperioso, para a adequação da conduta omissiva aos crimes imputados, o preenchimento dos elementos normativos trazidos na regra de extensão do § 2º, do art. 13 do Código Penal, o que não ocorre no caso dos autos.

Na hipótese, a denúncia deteve-se a afirmar que o paciente e outro corréu - na qualidade de administradores da empresa Mearim - incorreram em omissão, pois “detinham efetivo conhecimento da extração ilegal por terceira pessoa, bem como da degradação ambiental causada e, mesmo lhes sendo possível, não impediram a produção do resultado” (fl. 72), deixando de apontar, contudo, de que modo o não fazer era penalmente relevante e em que momento houve a assunção da posição de garante (se o dever de agir originou-se da previsão contida na alínea **a**, **b** ou **c** do § 2º do art. 13 do CP). Atípica, portanto, a conduta atribuída ao paciente na denúncia.

Em caso análogo, com grande acerto esta Corte assim decidiu:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Inundação e crime ambiental. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Ocorrência. Delitos omissivos. Garante. Art. 13, § 2º, do Código Penal. Requisitos objetivo e subjetivo. Não-preenchimento. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida.

1. *Para que um agente seja sujeito ativo de delito omissivo, além dos elementos objetivos do próprio tipo penal, necessário se faz o preenchimento dos elementos contidos no art. 13 do Código Penal: a situação típica ou de perigo para o bem jurídico, o poder de agir e a posição de garantidor.*

2. Ausente um dos elementos indispensáveis para caracterizar um agente sujeito ativo de delito omissivo – poder de agir –, previstos no art. 13 do Código Penal, falta justa causa para o prosseguimento da ação penal, em face da atipicidade da conduta.

3. Ordem concedida. (HC n. 94.543-RJ, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator p/ Acórdão Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 13.10.2009).

De grande relevo, também, o fato de a empresa ter avisado aos órgãos competentes - em novembro/2004, setembro/2005 e dezembro/2005 - a retomada da extração ilegal pelo corréu Sebastião (fls. 82, 168 e 174), embora sequer tivesse o dever de evitar o resultado, como já exaustivamente frisado.

Reputo importante mencionar que já no ano de 2003 a extração ilegal perpetrada pelo corréu Sebastião era conhecida das autoridades, pois o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em 30.5.2003, firmou com ele Termo de Ajustamento de Conduta (fls. 425-430), compromisso esse aditado em 6.12.2004 diante do não cumprimento da reparação ambiental prometida (fls. 435-438), oportunidade em que se permitiu expressamente a continuidade do garimpo até 31.12.2005, consoante se depreende do item abaixo (fl. 436):

Estabelecem o seguinte aditamento ao termo de ajustamento de conduta:

(...)

3 - O *Compromissário* deverá encerrar as atividades de lavra e/ou beneficiamento, já iniciadas, até o dia 31 de dezembro de 2005, sendo expressamente vedada a abertura de novas frentes, salvo se obtiver todas as licenças dos órgãos ambientais competentes, fato este que deverá ser previamente comprovado junto ao *Compromitente*.

De se ver que, quando do referido Termo de Ajustamento de Conduta, a Mearim já havia firmado com o corréu Sebastião o contrato apontado pelo

parquet como autorizador da extração ilegal, e nem por isso houve qualquer menção à Mearim, tampouco compromisso a ela dirigido por parte do Ministério Público de Minas Gerais.

Mesmo que se pense em eventual conivência do paciente na extração ilegal, do que se cogita apenas por apreço ao debate - até mesmo porque a tolerância na exploração dos diamantes por Sebastião seria contrária aos interesses da empresa representada pelo paciente, a saber, auferir lucro com eventual jazida encontrada -, tal proceder não passaria de mero não fazer sem relevância penal, pois, como cediço, a figura do conivente não tem o dever jurídico de agir, ou seja, não ocupa posição de garante que possa atrair a responsabilidade criminal, na forma omissiva.

Não se está aqui, em sede de *habeas corpus*, buscando a aferição de elementos subjetivos e complexos acerca da autoria da prática delitiva, providência essa sabidamente incompatível com a via estreita do *writ*, mas apenas, ante a incontroversa e flagrante ilegalidade verificada, constatando não haver adequação típica entre as condutas narradas e os tipos penais atribuídos, seja na forma comissiva ou omissiva, o que remete de pronto à falta de justa causa para a persecução penal, tornando-se imperioso, portanto, o desfazimento do inequívoco constrangimento ilegal a que está submetido o paciente.

Por oportuno, diante da identidade de situações entre o paciente e o corréu Luis Phillipe Mendes Martins, também administrador da empresa Mearim e, portanto, denunciado pelos mesmos fatos e nos mesmos moldes (fls. 70-73), necessária a extensão dos efeitos do presente julgado, tal como preconiza o art. 580 do Código de Processo Penal.

Considerando o acatamento do pedido principal, fica prejudicado o pleito subsidiário formulado no sentido de que fosse declarada a nulidade do processo a partir da decisão que, após a resposta à denúncia, determinou o prosseguimento da ação penal em comento.

À vista do exposto, ratifico a liminar e concedo a ordem para extinguir, por falta de justa causa, a Ação Penal n. 2009.39.06.00409-6 em relação ao paciente Carlos Eduardo Konder Lins e Silva, com extensão dos efeitos ao corréu Luis Phillipe Mendes Martins, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 207.978-MS (2011/0121929-6)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Henocho Cabrita de Santana - defensor público

Advogado: Henocho Cabrita de Santana - defensor público

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Paciente: Ale Cheikh

EMENTA

Habeas corpus. Dosimetria. Vias de fato. Violência doméstica. Condenação. Reprimenda. Substituição por pena restritiva de direito. Benefício cassado pelo Tribunal originário. Art. 44, I, do CP. Agressão física. Ausência de ofensa à integridade corporal da vítima. Possibilidade da permuta. Precedente deste STJ. Coação ilegal demonstrada.

1. Constatando-se que a sanção imposta foi inferior a 4 (quatro) anos e que se cuida da contravenção penal prevista no art. 21 do Decreto-Lei n. 3.888/1941 - vias de fato - infração de natureza menos grave, possível e socialmente recomendável a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, desde que não se resume ao pagamento de cestas básicas, de prestação pecuniária ou de multa, isoladamente, como expressamente determinado no art. 17 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Precedente deste STJ.

2. A concessão da permuta, na espécie, de forma alguma colidiria com a proposta de combate à violência doméstica, tendo em vista a sua adequação às finalidades da aplicação da pena, que são a retribuição e a ressocialização do condenado, servindo ainda para prevenção geral, na medida em que afasta a idéia de impunidade.

3. O deferimento do benefício também não ofenderia o previsto no art. 41 da Lei Maria da Penha, pois aqui o que se impede é a aplicação das medidas benéficas previstas na Lei n. 9.099/1995 aos delitos cometidos no âmbito doméstico ou familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista ou efetivamente aplicada.

4. Ordem concedida para restabelecer a sentença no ponto em que substituiu a pena privativa de liberdade imposta ao paciente

por uma restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de março de 2012 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 13.4.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de *Ale Cheikh* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul que, ao julgar a Apelação Criminal n. 2010.013783-4, interposta pelas partes, negou provimento ao apelo defensivo e deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público, para desconstituir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e conceder a suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos, nos autos da ação penal em que findou condenado à 15 (quinze) dias de prisão simples, em regime aberto, por violação ao art. 21 da Lei das Contravenções Penais c.c. a Lei n. 11.340/2006.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que a aplicação do *sursis* pelo prazo de dois anos seria desproporcional e ofenderia o princípio da razoabilidade, porquanto o paciente teria sido condenado apenas à 15 dias de prisão simples.

Defende que a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos seria socialmente recomendável e em conformidade com o princípio da individualização da pena.

Ressalta que estariam preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do CP e que se trata de delito de menor potencial ofensivo, tratando-se apenas de vias de fatos, “ou seja, uma contravenção penal que se distingue do crime de lesão corporal, vez que não provoca ofensa a integridade física ou a saúde da vítima” (fls. 4).

Requeru, assim, liminarmente, a suspensão dos efeitos do acórdão objurgado até o julgamento final deste *writ*, e, no mérito, pugna pelo restabelecimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida.

Solicitadas informações à autoridade apontada como coatora e ao Juízo de primeiro grau, estes as prestaram.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Compulsando os autos infere-se que o paciente foi condenado ao cumprimento de 15 dias de prisão simples, em regime aberto, impondo-se-lhe ainda o comparecimento obrigatório à programa de recuperação e reeducação social, nos termos do art. 45 da Lei n. 11.340/2006, por infração ao art. 21 da Lei de Contravenções Penais, porque, em 14.1.2007, por volta das 20h30min, em Campo Grande-MS, “valendo-se das relações de afeto outrora existentes, praticou vias de fato contra a vítima [...], sua ex-companheira”, constando da denúncia que “agrediu a vítima com empurrões e tapas no rosto, vindo inclusive a derrubá-la, sem, contudo, deixar lesões aparentes” (fls. 15).

O sentenciante houve por bem substituir a pena de prisão simples por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, nos moldes estabelecidos na condenação (fls. 95).

O Tribunal impetrado, por seu turno, julgando os apelos da defesa e da acusação, findou, por maioria de votos, negando provimento ao defensivo e provendo em parte, também por maioria de votos, o ministerial, para cassar a permuta, ao argumento de que há expressa vedação no art. 44, I, do Código

Penal à substituição, quando a infração houver sido praticada com violência contra a pessoa, destacando, ainda, que tal previsão poderia ser abrandada, em observância ao princípio da proporcionalidade, nos casos em que as condutas se encaixassem na definição de infração de menor potencial ofensivo, que não seria o caso, uma vez que o art. 41 da Lei n. 1.340/2006 vedaria expressamente a aplicação da Lei n. 9.099/1990 nos crimes cometidos no âmbito doméstico e familiar contra a mulher (fls. 200), concedendo, entretanto, ao condenado, a suspensão condicional da reprimenda, pelo prazo de dois anos, nos termos do art. 77 do CP (fls. 202).

Nas hipóteses em que se cuida de condenação por infração ao art. 129, § 9º, do Estatuto Penal, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n. 11.340/2006, tenho defendido a impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por medidas alternativas, haja vista a expressa vedação legal ao benefício, prevista no art. 44, I, do Código Penal, já que se trata de crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Nesse sentido, vide os julgados nos HC n. 199.250-MS, n. 189.647-MS e n. 139.358-MS.

No caso dos autos, contudo, o paciente foi condenado por vias de fato, contravenção penal prevista no art. 21 do Decreto-Lei n. 3.688/1941, destacando-se que, da conduta do réu, não resultou qualquer ofensa à integridade física da vítima, consoante se infere da denúncia, podendo-se concluir, então, que trata-se, sim, infração de natureza menos grave, pelo que a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos de forma na hipótese, é perfeitamente possível e socialmente recomendável, *desde que não se resuma ao pagamento de cestas básicas, de prestação pecuniária ou de multa, isoladamente*, como expressamente determinado no art. 17 da Lei Maria da Penha.

Aliás, consoante precedente deste Superior Tribunal de Justiça: “É razoável concluir que a violência impeditiva da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, seja aquela de maior gravidade e não simplesmente, como no caso, mera contravenção de vias de fato, chamado por alguns até mesmo de ‘crime anão’ dada a sua baixa ou quase inexistente repercussão no meio social” (HC n. 180.353-MS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 16.11.2010, DJe 29.11.2010).

O aresto citado está assim ementado:

Penal. Vias de fato. Agressão. Âmbito das relações domésticas. Pena privativa de liberdade. Substituição. Restritivas de direitos. Possibilidade.

1. É razoável concluir que a violência impeditiva da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, seja aquela de maior gravidade e não simplesmente, como no caso, mera contravenção de vias de fato, chamado por alguns até mesmo de “crime anão” dada a sua baixa ou quase inexistente repercussão no meio social.

2. Conclusão, de outra parte, consentânea com o escopo maior da Lei Maria da Penha, que não se destina precipuamente à caracterização dos autores de condutas puníveis no âmbito das relações domésticas, mas que visa, sobretudo, promover a paz no núcleo familiar, em ordem a concretizar os princípios constitucionais atinentes.

3. Ordem concedida para restabelecer a sentença.

Ademais, a concessão da permuta, na espécie, de forma alguma colidiria com a proposta de combate à violência doméstica, tendo em vista a sua adequação às finalidades da aplicação da pena, que são a retribuição e a ressocialização do condenado, servindo ainda para prevenção geral, na medida em que afasta a idéia de impunidade, valendo destacar que sequer ofenderia o previsto no art. 41 da Lei Maria da Penha, pois aqui o que se impede é a aplicação das medidas benéficas previstas na Lei n. 9.099/1995 aos delitos cometidos no âmbito doméstico ou familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista ou efetivamente aplicada.

Pelo exposto, concede-se a ordem, para restabelecer a sentença no ponto em que substituiu a pena privativa de liberdade imposta ao paciente por uma restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 221.211-MG (2011/0241831-2)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Rodrigo Pereira da Silva e outro

Advogado: Rodrigo Pereira da Silva e outro(s)

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Paciente: A R D

EMENTA

Criminal. *Habeas corpus*. Estupro e atentados violentos ao pudor. Pleito de reconhecimento de continuidade delitiva entre os crimes. Advento da Lei n. 12.015/2009. Possibilidade sedimentada. Retroatividade da lei penal mais benéfica. Verificação dos requisitos. Instâncias ordinárias que aplicaram a ficção jurídica entre os delitos de atentado violento ao pudor. Mesmas condições do estupro. Análise da fração adequada a ser efetuada pelo juízo das execuções penais. Ordem concedida.

I. A Lei n. 12.015/2009 permite o reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, por serem da mesma espécie, se presentes os requisitos elencados no art. 71 do Código Penal. Precedentes.

II. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido da aplicação da teoria objetiva-subjetiva, pela qual o reconhecimento da continuidade delitiva depende tanto do preenchimento dos requisitos objetivos (tempo, *modus operandi*, lugar, etc.), como do elemento subjetivo, qual seja, a unidade de desígnios.

III. Hipótese na qual, apesar de a continuidade delitiva não ter sido aplicada entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, sob o argumento de que “tanto a ação de estupro, como as seis de atentado violento ao pudor, mostraram-se autônomas, contra vítimas diferentes, partidas de desígnios diversos”, tanto o magistrado singular quanto a Corte Estadual, ao julgar o recurso de apelação, já haviam aplicado o disposto no art. 71 do Código Penal, reconhecendo, inclusive, a unidade de desígnios entre as condutas tipificadas como atentado violento ao pudor.

IV. Unificadas as condutas praticadas pelo réu sob o mesmo tipo penal e reconhecido pelas instâncias ordinárias que os delitos de atentado violento ao pudor foram perpetrados nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, além de terem sido praticados com unidade de desígnios, deve tal entendimento ser ampliado para abranger também o estupro, até por que este delito foi praticado nas mesmas condições daqueles.

V. Aplicando-se retroativamente a Lei n. 12.015/2009, por ser mais benéfica ao réu, deve o Juízo das Execuções Penais reconhecer

a incidência da regra do crime continuado em relação aos delitos cometidos pelo paciente, nos termos do art. 71 do Código Penal, aplicando, motivadamente, a fração de aumento que julgar adequada à hipótese.

VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

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. “A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente: Dr. Rodrigo Pereira da Silva (p/pacte).

Brasília (DF), 12 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJe 20.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que denegou a ordem anteriormente impetrada em favor de A. R. D., deixando de aplicar ao caso a nova Lei n. 12.015/2009.

O paciente foi denunciado, em 25.7.2008, como incurso nas penas do art. 244-A (por diversas vezes), da Lei n. 8.069/1990, na forma do art. 71 do Código Penal; art. 213 (por diversas vezes), na forma do art. 71, *caput*, ambos do Estatuto Repressivo; art. 214 (por diversas vezes), na forma do art. 71, parágrafo único, ambos do Código Penal, sendo estes dois últimos combinados com o art. 224, alíneas **a** e **b**, do Estatuto Repressivo, e todos em concurso material.

Em 19.11.2008, o magistrado singular condenou o acusado à pena de 15 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos delitos descritos no art. 213, c.c. art. 224, alínea **a**, e art. 214 (por diversas vezes),

c.c. art. 71, parágrafo único e art. 224, alínea **a**, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

Julgando as apelações interpostas pelas partes, a Corte Estadual, em 15.7.2009, negou provimento ao recurso da defesa e deu parcial provimento ao apelo ministerial, para condenar o acusado também pela prática do delito descrito no art. 214, c.c. art. 224, alínea **a**, na forma do art. 71, todos do Código Penal, contra outras três vítimas menores, fixando sua reprimenda em 18 anos e 08 meses de reclusão, mantido o regime prisional fechado.

Estando o réu cumprindo pena, a defesa requereu a aplicação ao caso da nova Lei n. 12.015/2009, unificando as condutas de estupro e atentado violento ao pudor. O Juízo da Execução, contudo, indeferiu o pleito em 12.4.2011.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte Estadual, tendo a ordem sido denegada, em 22.6.2011, em razão de a questão estar sendo debatida em sede de agravo em execução, via adequada para tanto.

O agravo em execução, contudo, foi julgado prejudicado, em 18.8.2011, por perda de objeto, tendo em vista o julgamento da revisão criminal ajuizada pela defesa, na qual o pedido revisional foi julgado improcedente, em 10.5.2010, nos termos da seguinte ementa:

Revisão criminal. Reexame de provas. Segunda apelação. Impossibilidade. Inteligência da Súmula Criminal n. 66 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Indefere-se pedido revisional que não traz nenhuma prova ou argumento novo e no qual se pretende apenas a reapreciação daquilo que já foi decidido em ambas as instâncias.

Estupro e atentados violentos ao pudor. Condições fáticas. Concurso material. Precedentes STF e STJ.

Conforme entendimento jurisprudencial majoritário dos Tribunais Superiores, a prática, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, de estupro e atentado violento ao pudor, não configura hipótese de continuidade delitiva, mas sim, de concurso material, quando ausentes as condições legalmente fixadas e as ações posteriores não se desencadearam em um único contexto volitivo de desdobramento, mormente porque praticadas contra várias vítimas diferentes. Julgada improcedente a ação.

Na presente impetração, requer-se a aplicação à hipótese da nova Lei n. 12.015/2009, reconhecendo-se a continuidade delitiva e/ou o concurso formal em substituição ao concurso material entre as condutas praticadas pelo réu, com

a consequente readequação da reprimenda corporal, tendo em vista ter sido abolido o atentado violento ao pudor, restando tão somente o estupro.

Aduz-se, ainda, que, por se tratar de lei penal mais benéfica, a referida norma deve retroagir para alcançar casos ocorridos antes de sua vigência.

A liminar foi indeferida às fls. 119-120.

As informações foram prestadas à fl. 128 e 195.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 181-186).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que denegou a ordem anteriormente impetrada em favor de A. R. D., deixando de aplicar ao caso a nova Lei n. 12.015/2009.

O paciente foi denunciado, em 25.7.2008, como incurso nas penas do art. 244-A (por diversas vezes), da Lei n. 8.069/1990, na forma do art. 71 do Código Penal; art. 213 (por diversas vezes), na forma do art. 71, *caput*, ambos do Estatuto Repressivo; art. 214 (por diversas vezes), na forma do art. 71, parágrafo único, ambos do Código Penal, sendo estes dois últimos combinados com o art. 224, alíneas **a** e **b**, do Estatuto Repressivo, e todos em concurso material.

Em 19.11.2008, o magistrado singular condenou o acusado à pena de 15 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos delitos descritos no art. 213, c.c. art. 224, alínea **a**, e art. 214 (por diversas vezes), c.c. art. 71, parágrafo único e art. 224, alínea **a**, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

Julgando as apelações interpostas pelas partes, a Corte Estadual, em 15.7.2009, negou provimento ao recurso da defesa e deu parcial provimento ao apelo ministerial, para condenar o acusado também pela prática do delito descrito no art. 214, c.c. art. 224, alínea **a**, na forma do art. 71, todos do Código Penal, contra outras três vítimas menores, fixando sua reprimenda em 18 anos e 08 meses de reclusão, mantido o regime prisional fechado.

Estando o réu cumprindo pena, a defesa requereu a aplicação ao caso da nova Lei n. 12.015/2009, unificando as condutas de estupro e atentado violento ao pudor. O Juízo da Execução, contudo, indeferiu o pleito em 12.4.2011.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte Estadual, tendo a ordem sido denegada, em 22.6.2011, em razão de a questão estar sendo debatida em sede de agravo em execução, via adequada para tanto.

O agravo em execução, contudo, foi julgado prejudicado, em 18.8.2011, por perda de objeto, tendo em vista o julgamento da revisão criminal ajuizada pela defesa, na qual o pedido revisional foi julgado improcedente, em 10.5.2010.

Na presente impetração, requer-se a aplicação à hipótese da nova Lei n. 12.015/2009, reconhecendo-se a continuidade delitiva e/ou o concurso formal em substituição ao concurso material entre as condutas praticadas pelo réu, com a consequente readequação da reprimenda corporal, tendo em vista ter sido abolido o atentado violento ao pudor, restando tão somente o estupro.

Aduz-se, ainda, que, por se tratar de lei penal mais benéfica, a referida norma deve retroagir para alcançar casos ocorridos antes de sua vigência.

Passo à análise da irresignação.

A princípio cumpre ressaltar que a jurisprudência sedimentou o entendimento de que a Lei n. 12.015/2009 permite o reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, por serem da mesma espécie, se presentes os requisitos elencados no art. 71 do Código Penal.

A propósito, confirmam-se os recentes julgados desta Quinta Turma:

Penal. Estupro e atentado violento ao pudor. Delitos da mesma espécie. Lei n. 12.015/2009. Possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva. Retroatividade da lei penal mais benéfica. Ordem parcialmente concedida.

Crimes cometidos sob a vigência da redação anterior dos arts. 213 e 214 do Código Penal.

A vigência da Lei n. 12.015, de 2009, em sua nova redação dada ao art. 213 (revogado o art. 214), unificou as figuras típicas do estupro e atentado violento ao pudor.

III. A jurisprudência sedimentou o entendimento de que a Lei n. 12.015/2009 permite o reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, por serem da mesma espécie, se presentes os requisitos elencados no art. 71 do Código Penal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça.

IV. Ordem parcialmente concedida para determinar que o Juízo das Execuções Penais avalie a possibilidade de aplicação da regra do crime continuado em relação aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nos termos do art. 71 do Código Penal.

(HC n. 193.882-SP, de minha Relatoria, Quinta Turma, julgado em 7.2.2012, DJe 14.2.2012).

Habeas corpus. Crimes de estupro e atentado violento ao pudor (na antiga redação do Código Penal). Tese de falta de provas para a condenação e para a continuidade delitiva entre os delitos de mesma espécie. Via imprópria. Necessidade de reexame da prova. Aplicação da continuidade delitiva entre os delitos de espécie diversa (estupro e atentado violento ao pudor). Concurso material reconhecido nas instâncias ordinárias. Advento da Lei n. 12.015/2009. União, no mesmo tipo penal, das condutas referentes ao atentado violento ao pudor e ao estupro. Possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva.

1. O exame da tese de falta de provas para sustentar a condenação quanto aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor e para a configuração da continuidade delitiva entre os delitos de mesma espécie demanda, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do *writ*, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta sobre a existência do crime, a ocorrência da continuidade, e sua respectiva autoria. Precedentes.

2. *Em razão do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, após a vigência da Lei n. 12.015/2009 - na qual o legislador uniu em um só dispositivo os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor - "desapareceu o óbice que impedia o reconhecimento da regra do crime continuado" (STF, HC n. 94.636, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 23.9.2010).*

3. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, ordem parcialmente concedida para determinar que o Juízo das Execuções Penais avalie a possibilidade de aplicação da regra do crime continuado em relação aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nos termos do art. 71, do Código Penal.

(HC n. 134.642-DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 2.2.2012, DJe 13.2.2012).

Habeas corpus. Estupro e atentado violento ao pudor. Continuidade delitiva. Pretendido reconhecimento. Lei n. 12.015/2009. Nova tipificação. Art. 213. Crimes da mesma espécie. *Novatio legis in melius*. Retroatividade da lei penal mais benéfica. Requisitos previstos no art. 71, *caput*, do CP. Preenchimento. Aumento da reprimenda. Número de infrações praticadas. Critério objetivo. Constrangimento ilegal evidenciado.

1. A Lei n. 12.015/2009 promoveu sensível modificação nos dispositivos que disciplinam os crimes contra os costumes no Código Penal, ao reunir em um só tipo penal as condutas antes descritas nos arts. 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor), ambos do CP.

2. *Com as inovações trazidas pela Lei n. 12.015/2009, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são, agora, do mesmo gênero - crimes contra a liberdade sexual - e também da mesma espécie - estupro -, razão pela qual, preenchidos os requisitos de ordem objetiva (mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução) e subjetiva (unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos), não haveria qualquer óbice ao reconhecimento da continuidade delitiva, prevista no art. 71, caput, do CP.*

3. Referido dispositivo legal, por externar um panorama mais benéfico ao sentenciado, pode, em princípio, incidir imediata e retroativamente aos crimes praticados antes de sua entrada em vigor, independentemente da fase em que se encontrem, posto que são normas de caráter preponderantemente penal.

4. Verificado que os delitos foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, de rigor o reconhecimento da continuidade delitiva.

5. Segundo a orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o critério de aumento da pena pela continuidade delitiva se faz em razão do número de infrações praticadas.

6. Tendo o paciente praticado 2 (dois) delitos contra a dignidade sexual, devida a escolha da fração mínima de aumento de pena prevista no art. 71, *caput*, do CP. Precedentes.

7. *Habeas corpus* concedido para reconhecer, em favor do paciente, o instituto da continuidade delitiva, tornando a sua reprimenda definitiva em 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão objurgados.

(HC n. 139.956-SP, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe de 9.5.2011).

Assim, não havendo dúvidas acerca da possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor, em razão do advento da Lei n. 12.015/2009, a qual, por ser mais benéfica ao réu, deve retroagir para alcançar fatos ocorridos antes de sua vigência, passa-se à análise da hipótese dos autos.

No caso, o magistrado singular, ao proferir sentença em desfavor do réu, asseverou:

Consta da denúncia que o denunciado Amarildo Ramos Davi, por inúmeras vezes num período de 02 (dois) anos, em sua própria residência, localizada na Rua Amélio Marcos Pedrosa, n. 200, bairro João Francisco, na cidade de Douradoquara-

MG, constrangeu as menores Natália Gonçalves dos Santos, Bruna Cristina de Melo, Jenifer Cristina Jacinta de Oliveira, Caroline Cristina Jacinta de Oliveira, Analice Cristina Jacinta de Oliveira e Máisa Rodrigues de Lima, todas menores de 14 (quatorze) anos à época, à conjunção carnal e a atos libidinosos diversos desta, consistentes em toques e carícias nas partes íntimas, entre outros.

Afirma o *parquet* que o acusado, antes de praticar os referidos atos libidinosos, assediou a vítima Natália desde os seus 11 (onze) anos de idade, mostrando-lhe filmes e revistas pornográficas e lhe pagando em torno de R\$ 5,00 (cinco reais) e R\$ 6,00 (seis reais), a título de exploração sexual, culminando sempre sua conduta com ameaças de morte, caso não satisfizesse sua lascívia ou revelasse os fatos à sua genitora.

Conforme narrado pelo representante ministerial, o denunciado induziu a vítima Bruna Rodrigues a presenciar os atos libidinosos praticados com a vítima Natália, a qual repartia a quantia recebida do denunciado com a menor Bruna.

Ainda de acordo com o Ministério Público, Amarildo aproveitava-se das vítimas, levando-as para sua residência com oferecimento de dinheiro, para que elas aliciassem outras crianças, sendo que lá ficava nu e exibia filmes pornográficos às menores, convencendo-as a ficarem nuas também.

Consta ainda que as menores Jenifer e Analice são portadoras de necessidades especiais.

Por fim, há a informação de que além de fornecer lanches, refrigerantes, balas e doces e exhibir filmes pornográficos às menores, o denunciado constrangeu a vítima Máisa Rodrigues à conjunção carnal e à prática de atos libidinosos, pagando pela exploração sexual a quantia de R\$5,00 (cinco) a R\$10,00 (dez) reais.

(...)

Quanto aos Delitos de Atentado Violento ao Pudor

(...)

Isto posto, *entendo sobejamente demonstrada a autoria do réu quanto aos delitos de atentado violento ao pudor somente em face de Bruna, Máisa e Natália, devendo aplicar-se, in casu, o disposto no artigo 71 do Código Penal, vez que, pelas condições de tempo, local e modo de execução, verifica-se que os delitos subsequentes se deram como continuação do primeiro.*

Quanto ao Delito de Estupro

(...)

Por fim, saliente-se que, de acordo com doutrina e jurisprudência majoritárias, os delitos dos artigos 213 e 214 são de espécies diferentes, podendo ocorrer, sem dúvidas, o concurso material entre ambos, sobretudo quando as condutas do réu são variadas e desdobram-se por longo período de tempo, não havendo, pois, que se falar em *bis in idem*.

Sendo assim, a condenação do acusado quanto ao delito de estupro em face da vítima Maísa é medida que se impõe, restando indubitavelmente demonstrada a materialidade e a autoria.

(...)

Ante o exposto, e por tudo mais que dos autos consta, julgo parcialmente procedente a peça vestibular para *condenar* o acusado *Amarildo Ramos Davi* nas penas dos artigos 213 c.c. artigo 224, **a** e 214 (por diversas vezes) c.c. artigo 71, parágrafo único e 224, **a**, na forma do artigo 69 e *absolvê-lo* das sanções contidas no artigo 244-A da Lei de n. 8.069/1990, passando à dosimetria da pena nos termos do artigo 59 do Código Penal, conforme o necessário e suficiente para a reprovação da agente e prevenção crime, na medida da culpabilidade do acusado.

(...)

Da Continuidade Delitiva

Considerando a incidência, *in casu*, do artigo 71 do Código Penal, aplico ao acusado a pena de um só dos crimes praticados, qual seja 7 (sete) anos de reclusão, aumento-a de 1/6 (um ano e dois meses de reclusão) e, por conseguinte, fixo-a em 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

Quanto ao delito de estupro em face de Maísa Rodrigues de Lima:

(...)

Dessa forma, fixo a pena, definitivamente, em 7 (sete) anos de reclusão.

Do Concurso Material

Consoante disposto no artigo 69 do Código Penal, fixo a reprimenda definitiva em 15 (quinze) anos e 2 (dois) meses de reclusão. (fls. 19-34 – g. n.).

A Corte Estadual, apreciando os recursos de apelação, desproveu o apelo defensivo e deu parcial provimento ao recurso ministerial, para reconhecer a prática de atentado violento ao pudor pelo réu também contra as vítimas Jenifer Cristina Jacinta de Oliveira, Caroline Cristina Jacinta de Oliveira e Analice Cristina Jacinta de Oliveira, majorando a fração aplicada em razão da continuidade delitiva entre os delitos, sob os seguintes fundamentos:

Portanto, impõe-se a condenação do réu nas iras do art. 214 c.c. art. 224, **a**, ambos do CP, pelos crimes cometidos em face de C.C. J. O., J. C. J. O. e A. C. J. O.

Como os crimes foram realizados de maneira muito semelhante, de todo aplicável aqui a continuidade delitiva, devendo ser aplicado maior grau de aumento, em razão da quantidade de crimes praticados (contra seis vítimas).

(...)

Inexistem razões para reiteração da fundamentação acerca das circunstâncias judiciais, sendo-nos permitido fixar, de imediato, a pena para cada um dos crimes de atentado violento ao pudor praticados em 07 (sete) anos de reclusão, com o acréscimo de dois terços (art. 71 do CP), tornando-as definitivas em 11 (onze anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Ainda, considerando o concurso material com o delito de estupro (conforme condenação em primeiro grau), fica Amarildo Ramos Davi obrigado ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade de 18 (dezoito) anos e oito (08) meses de reclusão. (fl. 44-45 – g.n.)

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao apreciar a revisão criminal, assim se manifestou acerca do pleito de reconhecimento de continuidade delitiva no caso:

Por fim, quanto ao pleito de afastamento do concurso material, conquanto venha admitindo a tese da possibilidade de continuidade delitiva entre os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, quero destacar que a imposição só se justifica quando os crimes são praticados contra a mesma vítima, nas mesmas circunstâncias, ou seja, quando pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro.

Tal entendimento vem sendo sedimentado nas decisões da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal que sustenta a possibilidade da continuidade delitiva em se tratando de delitos praticados contra a mesma vítima, nas mesmas circunstâncias senão vejamos:

(...)

Não há dúvida de que a maioria dos posicionamentos jurisdicionais é no sentido de não se admitir a continuidade delitiva aos crimes de atentado violento ao pudor e estupro, mas o fato é que não vejo como dar sustentação jurídica para a negativa na diversidade de espécies tipificadas, porque a verdade é que ambos os crimes são do mesmo gênero e de mesma espécie, apenas há diversidade na objetividade jurídica tutelada, de modo que concebo, pelo menos em tese, a possibilidade de aplicação da continuidade.

Mas seja como for, aplicável ou não o precedente forjado na 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, *não vejo as condições fáticas que justificariam a incidência da continuidade ao caso concreto, na medida em que tanto a ação de estupro, como as seis de atentado violento ao pudor, mostraram-se autônomas, contra vítimas diferentes, partidas de desígnios diversos, de modo a desqualificarem a unidade do contexto volitivo de desdobramento imposta pela norma de contenção, restando, portanto, o reconhecimento do concurso material entre ambos os crimes como única saída possível, como procedido no Acórdão de fls. 282-293.*

Diante do exposto, julgo improcedente o pedido revisional. (fls. 162-164 – g. n.).

Observa-se que ao tempo da edição do veredicto, tanto em primeiro como em segundo grau, vigorava a redação anterior do Código Penal (art. 213 e art. 214) tipificando as referidas figuras penais independentemente.

Como se vê destes julgados, foi reconhecida a continuidade delitiva entre os atentados violentos ao pudor praticados pelo acusado contra as diversas vítimas, sendo aplicado o concurso material entre estes e o estupro praticado contra uma das vítimas, por se tratarem de delitos de espécies diversas.

Ocorre que, como anteriormente exposto, o entendimento no sentido de se tratarem o estupro e o atentado violento ao pudor de delitos de espécies distintas resta superado pelo advento da Lei n. 12.015/2009, a qual unificou as condutas sob o mesmo tipo penal.

Quanto ao reconhecimento do crime continuado, a jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido da aplicação da teoria objetiva-subjetiva, pela qual o reconhecimento da continuidade delitiva depende tanto do preenchimento dos requisitos objetivos (tempo, *modus operandi*, lugar, etc.), como do elemento subjetivo, qual seja, a unidade de desígnios.

Assim, a constatação da ocorrência de crime continuado pressupõe a verificação da situação da prática delitiva a fim de evidenciar que os delitos foram perpetrados nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução.

Na hipótese dos autos, contudo, apesar de a ficção jurídica referente à continuidade delitiva não ter sido aplicada entre os dois delitos, sob o argumento de que “tanto a ação de estupro, como as seis de atentado violento ao pudor, mostraram-se autônomas, contra vítimas diferentes, partidas de desígnios diversos”, tanto o magistrado singular quanto a Corte Estadual, ao julgar o recurso de apelação, já haviam aplicado o disposto no art. 71 do Código Penal, reconhecendo, inclusive, a unidade de desígnios entre as condutas tipificadas como atentado violento ao pudor.

Deste modo, unificadas as condutas praticadas pelo réu sob o mesmo tipo penal e reconhecido pelas instâncias ordinárias que os delitos de atentado violento ao pudor foram perpetrados nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, além de terem sido praticados com unidade de desígnios, deve tal entendimento ser ampliado para abranger também o estupro, até por que este delito foi praticado nas mesmas condições daqueles.

Com isso, aplicando-se retroativamente a novel Lei n. 12.015/2009, por ser mais benéfica ao réu, deve o Juízo das Execuções Penais reconhecer a incidência

da regra do crime continuado em relação aos delitos cometidos pelo paciente, nos termos do art. 71 do Código Penal, aplicando, motivadamente, a fração de aumento que julgar adequada à hipótese.

Ante o exposto, concedo a ordem, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 232.230-SC (2012/0019466-3)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Ordem dos Advogados do Brasil Seção de Santa Catarina –
OAB-SC

Advogado: Claudio Gastão da Rosa Filho

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4a Região

Paciente: Adriano Zanotto

Assistente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

EMENTA

Habeas-corpus. Inquérito policial. Trancamento. Administradores de Seção da Ordem dos Advogados. Acusação de peculato-desvio por mau uso de recursos da instituição. Não realização de licitação para aquisição de bens. Natureza jurídica da OAB. Indefinição. Ordem concedida.

I - Impetração destinada a obter o trancamento de inquérito policial instaurado pela Polícia Federal com o objetivo de apurar a ocorrência de crimes contra a administração, consistentes na não observância pela Seccional de Santa Catarina da OAB, a cargo dos pacientes, da legislação que rege a aquisição de bens pelos órgãos da administração e outros delitos relacionados.

II - Questão que demanda, como pressuposto lógico, a delimitação das seguintes questões: se a OAB é órgão público ou não;

se está sujeita às prescrições dos órgãos estatais ou não; se seus agentes ocupam cargo criado por lei ou não; se podem ser considerados para efeitos penais servidores públicos ou não; e, enfim, se a sua natureza *sui generis* exclui, definitiva e radicalmente, qualquer cogitação de natureza penal sob o ponto de vista administrativo.

III - As dúvidas sempre foram muitas, mas a partir do julgamento da ADIn n. 3.026-DF, o Supremo Tribunal Federal tem se direcionado no sentido de que a OAB não se sujeita aos ditames impostos à administração pública; não é entidade da administração indireta; nem se insere na categoria de autarquias especiais, não estando, portanto, sujeita a controle da administração. Não obstante, não há certeza unívoca dessa definição, sendo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda insegura quanto à natureza da OAB.

IV - Na presente hipótese, instaurado o inquérito policial com base no pressuposto de que a OAB-SC seria órgão sujeito a controle do Estado como se fora instituição da administração pública e ante a evidente indefinição da natureza e deveres da OAB como instituição, assiste razão aos impetrantes.

V - Mostra-se precipitada e prematura a investigação cujo pressuposto depende de definição legal ou jurisprudencial fora do âmbito da ação penal e, por via de consequência, fora do âmbito da investigação ordenada pelo Procurador da República.

VI - Ordem concedida para trancar o inquérito, nos termos do voto.

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. “A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram oralmente: Dr. Claudio Gastão da Rosa Filho (p/pacte) e Dr. Antônio Nabor Areias Bulhões (p/assistente).

Brasília (DF), 26 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJe 1º.8.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: A impetrante pede ordem contra acórdão do Tribunal impetrado pelo qual, por maioria, foi denegada outra ordem de *habeas-corpus* perante aquele colegiado que buscava o trancamento de inquérito policial, o qual fora instaurado por requisição do Ministério Público Federal ao fundamento de que o paciente na condição de ex-presidente da impetrante teria realizado compra de livros sem licitação pagando-a em nome da CAASC (Caixa de Assistência dos Advogados de Santa Catarina) sujeitando-se assim às penas do peculato-desvio.

Sustenta a impetrante que a Ordem dos Advogados é instituição *sui generis* que exerce *munus* público mas não se qualifica como entidade estatal não sendo alcançada pelas obrigações legais tipicamente relacionadas com os órgãos da administração pública. Desse modo, ao paciente, na condição de ex-presidente da Seccional de Santa Catarina da OAB, não poderia ser imputada acusação de crime contra a administração pública como afirmado pelo órgão do Ministério Público Federal.

O ato impetrado, atribuído à 7ª Turma do TRF - 4ª Região, ainda segundo a impetrante, ao negar-lhe o trancamento do inquérito cujo objeto é a apuração de um crime que nas circunstâncias referidas não se pode admitir, está, pois, a causar constrangimento ilegal ao paciente.

Assinala a impetrante, por fim, que em face de outro *habeas-corpus* anterior, perante esta Corte contra o indeferimento da liminar no TRF 4ª Região, ao qual neguei seguimento à base da Súmula n. 691, do STF (HC n. 227.270-SC, de minha Relatoria, 2.12.2011), a Suprema Corte (HC n. 111.534-SC MC, Celso de Mello, 7.12.2011) concedeu medida liminar em *habeas-corpus* nos termos seguintes:

(...) sem prejuízo de ulterior reapreciação da matéria em exame, defiro, em parte, o pedido de medida liminar, em ordem a suspender, cautelarmente, até final julgamento da ação de *habeas-corpus* ajuizada perante o E. TRF - 4ª Região

(HC n. 5017046-79.2011.404.0000-SC) a realização de interrogatório policial (ou a tomada de declarações) do ora paciente.

Como o Tribunal Regional, ora impetrado, encerrou o julgamento do *habeas-corpus* aí mencionado reabriu-se a ameaça de constrangimento tido por ilegal.

Nessa linha, considera a impetrante que o Tribunal requerido ao não conceder definitivamente a ordem ofendeu direito do paciente em razão do que pede, ante o bom direito demonstrado e a iminência e risco de ser indiciado e interrogado pela autoridade policial, seja deferida a ordem para determinar o trancamento definitivo do inquérito ilegal.

Acolhendo as ponderações da impetrante deferi a medida liminar e a estendi aos requerentes *Paulo Roberto de Borba* e *Paulo Marcondes Brincas*, administradores da OAB-SC igualmente convocados para a investigação cujos nomes e qualificação devem ser aditados aos registros.

Dispensadas as informações, oficiou o Ministério Público Federal perante o STJ sustentando a incompatibilidade do *habeas-corpus* com a apreciação dos elementos discutidos no inquérito, e que a instauração deste não constitui constrangimento ilegal. Além do que, se existentes outras irregularidades ou eventuais danos causados à instituição, só o inquérito dirá.

Conclusos os autos veio manifestação do Conselho Federal da OAB requerendo ingresso no feito como assistente do paciente (art. 49, § único da Lei n. 8.906/1994), que foi admitido para os efeitos pretendidos.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Cuida-se de impetração destinada a obter o trancamento de inquérito policial instaurado pela Polícia Federal com o objetivo de apurar a ocorrência de crimes contra a administração, consistentes na não observância pela Seccional de Santa Catarina da OAB, a cargo dos pacientes, da legislação que rege a aquisição de bens pelos órgãos da administração e outros delitos relacionados.

O Desembargador Relator, no acórdão impetrado, assim resumiu os fatos que originaram a instauração do inquérito:

Busca a OAB-SC o trancamento de inquérito policial requisitado pelo Procurador da República Marco Aurélio Dutra Aydos, que concluiu em 24.8.2011 procedimento investigatório ministerial (n. 74/11) em face de manifestação inicial da Conselheira Federal Gisela Gondin, indicando a finalidade de apurar a gestão desses R\$ 944.623,10, em tese, malversados pelos dirigentes da Ordem dos Advogados do Brasil no exercício de 2006, e que acarretaram receita da entidade CAASC pela venda de livros cujo ingresso não foi contabilizado.

Os impetrantes informaram que a instauração do inquérito teria sido justificada pelo órgão ministerial com base na seguinte afirmação:

1. A OAB-SC não comercializa livros, e se os adquiriu só poderia ter feito por licitação; 2. Se a OAB-SC pagou dívida da CAASC, só se pode cogitar que malversou recursos de seu orçamento (integrados por exações que possuem natureza tributária ou parafiscal), e assim agindo, desviaram seus dirigentes responsáveis pela emissão dos cheques valores de que tinham a posse em razão da função, cometendo, em tese, peculato-desvio.

A esse respeito, o Desembargador Relator afirmou que a OAB, conquanto exerça serviço público relevante e independente, não se sujeita a controle da Administração Pública, mas, arrecadando contribuições sociais de interesse de categoria, estaria, em tese, sujeita ao controle do Tribunal de Contas da União.

Aduz ainda que, se não fosse uma espécie de autarquia, a OAB não faria *jus* ao foro federal, e, de todo modo, apesar das dificuldades jurídicas de delimitar e definir sua real natureza “não se observa que a instauração do inquérito policial determinado pelo Ministério Público Federal, inclusive capitulando provisoriamente a conduta em eventual peculato, seja de todo impertinente, nem justifica o trancamento imediato do procedimento administrativo policial”.

Penso que, no caso, discute-se, como pressuposto lógico da instauração do inquérito, se a OAB é órgão público ou não; se está sujeita às prescrições dos órgãos estatais ou não; se seus agentes ocupam cargo criado por lei ou não; se podem ser considerados para efeitos penais servidores públicos ou não; e, enfim, se a sua natureza *sui generis* exclui, definitiva e radicalmente, qualquer cogitação de natureza penal sob o ponto de vista administrativo.

As dúvidas sempre foram muitas, mas a partir do julgamento da ADIn n. 3.026-DF (Ministro Eros Grau, Pleno, maioria, 8.6.2006), o Supremo Tribunal Federal tem se direcionado no sentido de que a OAB não se sujeita aos ditames impostos à administração pública; não é entidade da administração

indireta; nem se insere na categoria de autarquias especiais, não estando, portanto, sujeita a controle da administração.

O objeto dessa ação direta de inconstitucionalidade centrava a controvérsia na discussão da natureza jurídica da *relação de trabalho* entre os seus servidores/empregados e a Ordem e se para contratá-los seria necessário o concurso público.

Para a elucidação desse tema a Corte Suprema teve de estudar a conformação constitucional e legal atribuída à Ordem dos Advogados.

Vale recordar os termos da ementa daquele julgado (ADin n. 3.026-DF, Ministro Eros Grau, STF, Pleno, maioria):

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. § 1º do artigo 79 da Lei n. 8.906, 2ª parte. “Servidores” da Ordem dos Advogados do Brasil. Preceito que possibilita a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha do regime jurídico no momento da aposentadoria. Indenização. Imposição dos ditames inerentes à administração pública direta e indireta. Concurso público (art. 37, II da Constituição do Brasil). Inexigência de concurso público para a admissão dos contratados pela OAB. Autarquias especiais e agências. Caráter jurídico da OAB. Entidade prestadora de serviço público independente. Categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. Autonomia e independência da entidade. Princípio da moralidade. Violação do artigo 37, *caput*, da Constituição do Brasil. Não ocorrência.

1. A Lei n. 8.906, artigo 79, § 1º, possibilitou aos “servidores” da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria.

2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta.

3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.

4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como “autarquias especiais” para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas “agências”.

5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária.

6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/1988]. É entidade cuja finalidade é

afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público.

7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional.

8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente.

9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao *caput* do artigo 79 da Lei n. 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB.

10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB.

11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade.

12. Julgo improcedente o pedido.

Essa abordagem foi amplamente discutida, particularmente no voto do Ministro Gilmar Mendes, mostrando que a menção à condição *autárquica* da OAB por vezes referida (ADin n. 1.707, Moreira Alves, j. 1º.7.1998, unânime, Pleno, STF) não indicava que essa era a exata característica da instituição, mas, ao contrário, derivada de sua performance constitucional era instituição pública não estatal encarregada constitucionalmente de inúmeras funções relacionadas com a prestação da jurisdição que, todavia, não lhe acarretam liame ou sujeição estatal.

Daí, porque o mesmo Ministro Gilmar Mendes, votando na ADin n. 3.026 citada, ter afirmado que o Supremo Tribunal Federal até agora não definiu claramente a natureza e ontologia da OAB para os diversos efeitos jurídicos, entre eles o que aqui se pretende sustentar para afastar a investigação policial impetrada.

Não há certeza unívoca dessa definição – o que, aliás, o próprio acórdão impetrado reconheceu nas passagens transcritas – em face do que também não pode haver certeza da sujeição aos controles da administração.

Revela-se assim manifesto ter sido provocada a instauração do inquérito no pressuposto de que a OAB-SC seria órgão sujeito a controle do Estado como se fora instituição da administração pública. E isso não se revela incontestável até o momento.

As referências jurisprudenciais que mencionei a respeito da discussão sobre sua suposta natureza autárquica *sui generis*, no entanto não dão margem, nesta via, a essa imediata conclusão e certeza.

Nos limites do pedido ora sob apreciação e ante a evidente indefinição da natureza e deveres da OAB como instituição, não tenho dúvida em reconhecer que as razões da impetração impugnem fortemente a promoção ministerial e decisivamente a iniciativa da autoridade policial assim como os fundamentos do ato colegiado impetrado.

Ainda quando o inquérito pudesse ser justificado para a apuração de condutas relacionadas e possivelmente ilícitas - como assevera o parecer do Subprocurador Geral da República - é certo que essa circunstância não se haverá de definir no inquérito policial e nem mesmo na jurisdição criminal.

Em suma, se assim é, a instauração de investigação policial soa de fato como coação manifestamente ilegal por falta de justa causa.

Por essa razão, *concedo* a ordem para trancar o inquérito policial, de modo a garantir aos pacientes, o direito de não se sujeitarem à investigação criminal enquanto não tiver sido definida - por autoridade judicial ou administrativa competente - a natureza jurídica da Ordem do Advogados.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 31.368-PR (2011/0254155-2)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: Jose Carlos Lopes

Recorrente: Joao Bloski

Advogado: Ricardo Henrique Alves Giuliani - defensor público e outros

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Descaminho. Crime material. Natureza tributária. Necessidade de constituição definitiva do crédito tributário. Constrangimento ilegal evidenciado. Recurso provido.

1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o raciocínio adotado pelo Supremo Tribunal Federal relativamente aos crimes previstos no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, consagrando a necessidade de prévia constituição do crédito tributário para a instauração da ação penal, deve ser aplicado, também, para a tipificação do crime de descaminho. Precedentes.

2. Embora o crime de descaminho encontre-se, topograficamente, na parte destinada pelo legislador penal aos crimes praticados contra a Administração Pública, predomina o entendimento no sentido de que o bem jurídico imediato que a norma insere no art. 334 do Código Penal procura proteger é o erário público, diretamente atingido pela evasão de renda resultante de operações clandestinas ou fraudulentas.

3. O descaminho caracteriza-se como crime material, tendo em vista que o próprio dispositivo penal exige a ilusão, no todo ou em parte, do pagamento do imposto devido. Assim, não ocorrendo a supressão no todo ou em parte do tributo devido pela entrada ou saída da mercadoria pelas fronteiras nacionais, fica descaracterizado o delito.

4. Na espécie, confirmou-se a ausência de constituição definitiva do crédito tributário, uma vez que ainda não foram apreciados os recursos administrativos apresentados pela defesa dos recorrentes. Dessa forma, não é possível a instauração de inquérito policial ou a tramitação de ação penal enquanto não realizada a mencionada condição objetiva de punibilidade.

5. Recurso ordinário que se dá provimento a fim de extinguir a Ação Penal n. 5001641-71.2010.404.7005, da Segunda Vara Federal da Subseção Judiciária de Cascavel, Seção Judiciária do Paraná.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 8 de maio de 2012 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 14.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto em favor de José Carlos Lopes e de João Bloski desafiando acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Depreende-se dos autos que os recorrentes - e outros dois corréus - foram denunciados nos autos da Ação Penal n. 5002174-44.2010.404.7005 pela suposta prática das condutas descritas no art. 334, § 1º, alínea **b**, do Código Penal.

Narra a inicial que os denunciados estariam em posse de mercadorias estrangeiras irregularmente introduzidas em território nacional, deixando de efetuar o recolhimento dos impostos devidos, nos valores individualizados de R\$ 12.776,48 (José Carlos Lopes), R\$ 9.185,70 (Nélia Dias de Melo Manoel), R\$ 8.350,64 (Charles Medina Portilho) e R\$ 17.085,41 (João Bloski).

A Juíza da Segunda Vara Federal da Subseção Judiciária de Cascavel recebeu parcialmente a denúncia, “apenas no que tange aos réus José Carlos Lopes e João Bloski, rejeitando-a, contudo, com relação aos réus Nélia Dias de Melo Manoel e Charles Medina Portilho, em face da aplicação do princípio da insignificância” (fl. 14).

Irresignada, a Defensoria Pública da União impetrou *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Na oportunidade, sustentou que não houve prévia constituição do crédito tributário na esfera administrativa, fato que impediria o início da ação penal.

A Oitava Turma Criminal, à unanimidade de votos, denegou a ordem, e o acórdão recebeu a seguinte ementa (fl. 4.480):

Processual Penal. *Habeas corpus*. Ação penal. Trancamento. Impossibilidade. Descaminho. Crime contra a ordem tributária. Objetividade jurídica distinta. Crédito tributário. Constituição definitiva.

Há inequivocamente diferença entre o crime de descaminho e o contra a ordem tributária. São tipos penais com objetividade jurídica distinta, não podendo ser aplicado o mesmo entendimento para ambos, no que se refere à condição objetiva de punibilidade. O delito de contrabando ou descaminho tutela a Administração Pública, em especial o erário, protegendo também a saúde, a moral, a ordem pública. De outro modo, no crime do artigo 1º da Lei n. 8.137/1990, o bem jurídico protegido é a ordem tributária, entendida como o interesse do Estado na arrecadação dos tributos, para a consecução de seus fins.

A conclusão do processo administrativo não é condição de procedibilidade para a deflagração do processo-crime pela prática de delito do artigo 334 do CP, tampouco a constituição definitiva do crédito tributário é, no caso, pressuposto ou condição objetiva de punibilidade.

No Superior Tribunal de Justiça sustentam os recorrentes que há necessidade de constituição definitiva do crédito tributário para a instauração de persecução penal pelo delito de descaminho - art. 334 do Código Penal. Argumentam que, “uma vez definido o caráter fiscal do delito de descaminho, devem ser, por uma interpretação sistemática, utilizados os mesmos preceitos informadores dos crimes contra a ordem tributária” (fl. 4.506).

Diante disso, buscam o provimento do recurso ordinário em *habeas corpus*, “para determinar-se o trancamento definitivo do processo penal, em relação ao suposto delito de descaminho, invalidando-se, em consequência, desde o recebimento da denúncia, inclusive, todos os atos praticados na referida causa penal”.

Dispensadas as informações, foram os autos encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pelo desprovimento do recurso ordinário em *habeas corpus* (fls. 4.533-4.536).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): Sabemos todos que o bem juridicamente protegido pelo delito de sonegação tributária está apto a exercer funções de limite ao *ius puniendi* e de instrumento crítico do direito positivo.

Nesse contexto, não se deve descurar que o merecimento da pena é insuficiente, por si só, para fundamentar o emprego da sanção penal na tutela do bem jurídico. Impõe-se, além disso, a comprovação da necessidade da pena, isto é, a demonstração de que outras formas de proteção ao bem jurídico são insuficientes, bem assim da danosidade social da conduta.

A observação é importante para que não se pense que com o reconhecimento da arrecadação tributária como bem jurídico se está, implicitamente, aceitando o emprego da tutela penal contra a mera omissão no pagamento de tributos ou de seus acessórios. Embora não seja esta a sede apropriada a tal discussão, não se deve olvidar que a tutela penal desse bem jurídico somente estará autorizada contra as formas de ataque mais graves a ele dirigidas, após a comprovada insuficiência da tutela sancionadora extrapenal.

O Supremo Tribunal Federal, atento a essa construção hermenêutica, passou a adotar, mais recentemente, decisões no sentido de que a pendência de procedimento administrativo fiscal impede a instauração da ação penal, bem como de inquérito policial, relativamente aos crimes materiais descritos no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, tendo em vista que a consumação destes somente ocorre após a constituição definitiva do crédito tributário. Há, sobre o ponto, Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nestes termos:

Súmula Vinculante n. 24: Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.

Como vimos do relatório, discute-se, no presente recurso ordinário em *habeas corpus*, sobre a necessidade de constituição definitiva do crédito tributário para a configuração do crime de descaminho. Argumenta-se que a condição objetiva de punibilidade descrita no Enunciado n. 24 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal também se aplica ao crime do art. 334 do Código Penal.

Como cediço, para a compreensão de muitas figuras penais, exige-se o conhecimento de institutos do Direito Tributário. Nesse contexto, a edição do Enunciado n. 24 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, que condiciona a tipificação dos crimes previstos no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/1990, à constituição definitiva do crédito tributário, não pode ser ignorada que concerne a configuração do delito de descaminho.

Diante da redação do art. 334 do Código Penal, ponho-me a perguntar se não seria o descaminho crime de natureza material. O fato é que o próprio

dispositivo penal exige a ilusão, no todo ou em parte, do pagamento do imposto devido. É dizer: não ocorrendo a supressão no todo ou em parte do tributo devido pela entrada ou saída da mercadoria pelas fronteiras nacionais, está descaracterizado o delito.

Não desconheço que há posição na doutrina no sentido de que bastaria a ilusão do pagamento do tributo para a consumação do crime, caracterizando-se o prejuízo à Fazenda Nacional como mero exaurimento da conduta, mostrando-se, portanto, o descaminho como um delito formal.

O principal fundamento dos que assim pensam diz respeito à natureza pluriofensiva do delito. Afirmam que não seria somente a ordem tributária, mas também a saúde pública e a higiene, os bens jurídicos acobertados pelo crime descrito no art. 334 do Código Penal.

A meu ver, o equívoco dessa interpretação consiste na desconsideração de que o poder punitivo do Estado está regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. É dizer: o Direito Penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. De efeito, ao tipificar o delito de descaminho o intuito do legislador foi o de evitar o não recolhimento do imposto devido. Por consequência, entendo que o bem jurídico que o Estado procurou tutelar foi a ordem tributária ou a Administração Pública em seu aspecto fiscal. Dessa forma, parece-me desnecessária a reprimenda estatal quando inexistente prejuízo à Fazenda Nacional.

No pormenor, é oportuno lembrar que os dois delitos incluídos em um único artigo do Código Penal devem ser interpretados isoladamente. Observem que o crime de contrabando, de fato, busca evitar a entrada no País de produtos proibidos, tutelando os bens jurídicos acima descritos.

Diversamente, o delito de descaminho somente pretende impedir que a entrada de um produto lícito seja realizada sem o pagamento do tributo. Na medida em que o portador do produto de origem estrangeira adentra no território nacional e dirige-se à alfândega no intuito de pagar o tributo e assim o faz, não será feito nenhum exame de procedência ou de higiene na mercadoria. Noutras palavras: quitando-se o tributo devido, descaracteriza-se o delito de descaminho.

Entretanto, há quem sustente que o crime de descaminho tem por bem jurídico a Administração Pública. Tal interpretação está alicerçada, basicamente, sobre o fundamento de que, topograficamente, o delito encontra-se na parte destinada pelo legislador penal aos crimes praticados “Contra a Administração

Pública em Geral”. Por essa razão, concluem que não seria possível condicionar a persecução penal ao esgotamento das instâncias administrativas, visto que a tutela da moralidade pública, da regularidade nas importações e exportações, prescindiria da constituição definitiva do crédito tributário.

De fato, o bem jurídico mediato tutelado nas infrações penais constantes do Título XI, do Código Penal, Parte Especial, é a Administração Pública. No entanto, parece-me que o bem jurídico imediato que se procura proteger é, acima de tudo, o erário público, diretamente atingido pela evasão de renda resultante de operações clandestinas ou fraudulentas. Essa mesma percepção foi registrada por César Roberto Bitencourt, cujo autorizado magistério assim apreciou a questão:

Bem jurídico tutelado, como em todas as infrações penais constantes do Título XI do Código Penal, Parte Especial, é a Administração Pública, no plano genérico. O bem jurídico tutelado específico, no entanto - a despeito de todos os fundamentos que se têm procurado atribuir à criminalização do contrabando ou descaminho -, é, acima de tudo, a salvaguarda dos interesses do erário público, diretamente atingido pela evasão de renda resultante dessas operações clandestinas ou fraudulentas. Num plano secundário, não se pode negar, visa-se também proteger a moralidade pública com a repressão de importação e exportação de mercadoria proibida, que podem, inclusive, produzir lesão à saúde pública, à higiene, etc. e não deixa de proteger igualmente a indústria e a economia nacionais como um todo, com o fortalecimento de barreiras alfandegárias. (Código Penal Comentado. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.103).

O Superior Tribunal de Justiça, atento a essa similitude existente entre o delito de descaminho e os crimes contra a ordem tributária, passou a adotar decisões no sentido de que a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, nos termos do art. 34 da Lei n. 9.249/1995, se estenderia, também, aos crimes descritos no art. 334 do Código Penal.

Nesse sentido:

Processo Penal. *Habeas corpus*. Descaminho. Extinção da punibilidade. Pagamento do tributo antes do oferecimento da denúncia. Aplicação do art. 34 da Lei n. 9.249/1995. *Ubi eadem ratio ibi idem ius*.

1. Não há razão lógica para se tratar o crime de descaminho de maneira distinta daquela dispensada aos crimes tributários em geral.

2. Diante do pagamento do tributo, antes do recebimento da denúncia, de rigor o reconhecimento da extinção da punibilidade.

3. Ordem concedida.

(HC n. 48.805-SP, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 19.11.2007).

Diria, ainda, que as garantias constitucionais - e estamos versando a de o contribuinte somente estar obrigado a pagar o tributo nos termos da lei - devem ser observadas. É inadmissível a utilização da ação penal como forma de compelir o acusado a pagar tributo antes da conclusão do procedimento administrativo fiscal. Lembremo-nos que o legislador, por meio de uma lei *stricto sensu*, define que fato determinado da vida cotidiana faz nascer a obrigação tributária. Concretizada a hipótese de incidência, surge o fato gerador e com ele a obrigação tributária de efetuar o pagamento.

Porém, não é com o simples nascimento da obrigação tributária que o Fisco poderá exigir, até mesmo judicialmente, o valor devido a título de tributo. Como cediço, para que isso ocorra é necessária a realização de um procedimento administrativo, no qual será verificada, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional, a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, calculado o montante do tributo devido, identificado o sujeito passivo e, sendo o caso, proposta a aplicação da penalidade cabível - lançamento tributário.

Portanto, apenas a autoridade administrativa, por meio do procedimento de lançamento tributário, detém competência para aferir acerca da existência do tributo, além de determinar o seu valor.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV, prevê como garantias fundamentais o contraditório e a ampla defesa, inclusive nos processos administrativos. Da norma constitucional em exame, podemos concluir ser um direito do contribuinte, acusado de tentar iludir tributo devido pela entrada ou saída de mercadorias do País, discutir a existência do tributo administrativamente, no ambiente do processo de lançamento. Nele podem surgir impugnações relativas à ocorrência ou não do fato gerador, sobre as mercadorias sujeitas à incidência tributária, bem como acerca da quantia devida à Fazenda Nacional.

Somando-se a isso, mesmo na hipótese de ser vencido no processo administrativo, o contribuinte será intimado para efetuar o pagamento do tributo, salvo disposição legal em contrário, no prazo de trinta dias.

Ora, caso se admita a instauração da ação penal antes da conclusão final no âmbito administrativo, o processo penal - que possui a função de proteção dos

direitos fundamentais e dos bens jurídicos imprescindíveis à sua coexistência – se transmutará em instrumento de cobrança. Dessa forma, entendo que postular a desnecessidade de prévio esgotamento da via administrativa para o caso do crime de descaminho, importa em suprimir o direito do contribuinte de ver a sua punibilidade extinta pelo pagamento. Cerceia a possibilidade do suposto devedor do tributo de demonstrar que não ocorreu o fato gerador, enfim, retira momento essencial para eventual reconhecimento de conduta penalmente reprovável.

Impende rememorar, neste ponto, o magistério de Hugo de Brito Machado, cuja lição bem justifica a necessidade do prévio esgotamento da via administrativa para a persecução penal nos crimes contra a ordem tributária:

A exigência de prévio exaurimento da via administrativa, para que validamente possa ser proposta a ação penal, nos crimes contra a ordem tributária, é indiscutivelmente uma forma de fazer efetivas as garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, indubitoso como é direito do contribuinte ao regular e prévio procedimento administrativo de acerto.

No direito brasileiro, a necessidade de prévia decisão da autoridade administrativa, no crime de supressão ou redução de tributo, é muito mais do que uma questão de Direito Penal ou Processual Penal. É uma questão de Direito Constitucional. Admitir-se a denúncia criminal antes da decisão definitiva da autoridade da Administração, é forma clara de negação da supremacia constitucional. (MACHADO, Hugo de Brito. *Prévio Esgotamento da Via Administrativa e Ação Penal nos Crimes contra a Ordem Tributária*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 1996, p. 231-239).

Já me encaminhando para o desfecho deste voto, averbo que a legislação tributária reclama a existência de decisão final na esfera administrativa para que se possa investigar se houve ilusão total ou parcial no pagamento do tributo.

O art. 83, *caput*, da Lei n. 9.430/1996, estabelece que a representação fiscal para fins penais nos crimes contra a ordem tributária, nos delitos de apropriação indébita e de sonegação de contribuição previdenciária apenas deverá ser encaminhada ao Ministério Público após a constituição definitiva do crédito.

O Decreto-Lei n. 2.730/1998 - que dispõe sobre o encaminhamento ao Ministério Público de representação fiscal para os fins de que trata o art. 83, *caput*, da Lei n. 9.430/1996 - prevê expressamente o crime de descaminho, *in verbis*:

Art. 1º O Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional formalizará representação fiscal, para os fins do art. 83 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, em autos separados e protocolizada na mesma data da lavratura do auto de infração, sempre que, no curso de ação fiscal de que resulte lavratura de auto de infração de exigência de crédito de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda ou decorrente de apreensão de bens sujeitos à pena de perdimento, constatar fato que configure, em tese;

[...]

II - crime de contrabando ou descaminho.

Por fim, o art. 3º, § 7º, da Portaria n. 326/2005 da Secretaria da Receita Federal, ao discriminar o procedimento a ser adotado pelo Auditor Fiscal ao se deparar com a suposta prática da conduta descrita no art. 334 do Código Penal, determina:

§ 7º Transitada em julgado a decisão sem que o crédito tenha sido extinto pelo pagamento, ressalvadas as hipóteses de que tratam o art. 15, *caput* e § 2º, II, da Lei n. 9.964, de 2000, e o art. 9º da Lei n. 10.684, de 2003, as peças da decisão final, que confirmam a existência do ilícito tributário caracterizador de crime, serão juntadas, por cópia, à representação fiscal para fins penais, que será remetida, no prazo máximo de dez dias, pelo Delegado ou Inspetor da Receita Federal, responsável pelo controle do processo administrativo-fiscal, ao órgão do Ministério Público Federal que for competente para promover a ação penal.

Entendo, desse modo, na linha dos dispositivos acima, que o raciocínio adotado pelo Supremo Tribunal Federal relativamente aos crimes previstos no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, consagrando a necessidade de prévia constituição do crédito tributário, deve ser aplicado, também, para a tipificação do crime de descaminho.

Nesse sentido:

Habeas corpus. Descaminho (artigo 334 do Código Penal). Investigação criminal iniciada antes da conclusão do procedimento administrativo fiscal. Impossibilidade. Constrangimento ilegal evidenciado. Concessão da ordem.

1. Tal como nos crimes contra a ordem tributária, o início da persecução penal no delito de descaminho pressupõe o esgotamento da via administrativa, com a constituição definitiva do crédito tributário. Doutrina. Precedentes.

2. Embora o delito de descaminho esteja descrito na parte destinada aos crimes contra a Administração Pública no Código Penal, motivo pelo qual alguns doutrinadores afirmam que o bem jurídico primário por ele tutelado seria, como em todos os demais ilícitos previstos no Título IX do Estatuto Repressivo, a

Administração Pública, predomina o entendimento de que com a sua tipificação busca-se tutelar, em primeiro plano, o erário, diretamente atingido pela ilusão do pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.

3. O delito previsto na segunda parte do *caput* do artigo 334 do Código Penal configura crime material, que se consuma com a liberação da mercadoria pela alfândega, logrando o agente ludibriar as autoridades e ingressar no território nacional em posse das mercadorias sem o pagamento dos tributos devidos, não havendo, por conseguinte, qualquer razão jurídica para não se lhe aplicar o mesmo entendimento já pacificado no que se refere aos crimes materiais contra a ordem tributária, cuja caracterização só ocorre após o lançamento definitivo do crédito fiscal.

4. A confirmar a compreensão de que a persecução penal no crime de descaminho pressupõe a constituição definitiva do crédito tributário, tem-se, ainda, que a própria legislação sobre o tema reclama a existência de decisão final na esfera administrativa para que se possa investigar criminalmente a ilusão total ou parcial do pagamento de direito ou imposto devidos (artigo 83 da Lei n. 9.430/1996, artigo 1º, inciso II, do Decreto n. 2.730/1998 e artigos 1º e 3º, § 7º, da Portaria SRF n. 326/2005).

[...]

6. Ordem concedida para trancar o inquérito policial instaurado contra os pacientes. (HC n. 139.998-RS, Relator o Ministro *Jorge Mussi*, DJe de 14.3.2011).

No caso, em consulta ao endereço eletrônico da Secretaria da Receita Federal - Seção de Controle e Acompanhamento Tributário, confirmou-se a ausência de constituição definitiva do débito, uma vez que ainda não foram apreciados os recursos administrativos apresentados pela defesa dos recorrentes (Processo Fiscal n. 12457.006345/2010-78).

Sendo esse o contexto, reconheço que se impõe o provimento do recurso, tendo em vista que as razões constantes da inicial evidenciam a plausibilidade jurídica da pretensão, especialmente se considerarmos que o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de afirmar que a constituição definitiva do crédito tributário no âmbito administrativo seria condição objetiva de punibilidade, sem a qual não seria possível a instauração de inquérito policial ou a tramitação de ação penal enquanto não realizada a mencionada condição.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* a fim de extinguir a Ação Penal n. 5001641-71.2010.404.7005, da Segunda Vara Federal da Subseção Judiciária de Cascavel, Seção Judiciária do Paraná.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 964.978-SP (2007/0149368-9)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Relator para o acórdão: Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador
convocado do TJ-RJ)

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: Geraldo Segatelli

Advogado: Ailton Vicente de Oliveira

EMENTA

Recurso especial. Processual Penal. Crime doloso contra a vida. Tribunal do Júri. Condenação. Revisão criminal. Absolvição. Possibilidade. Direito de liberdade. Prevalência sobre as soberania dos veredictos e coisa julgada. Recurso ministerial a que se nega provimento.

1. É possível, em sede de revisão criminal, a absolvição, por parte do Tribunal de Justiça, de réu condenado pelo Tribunal do Júri.

2. Em homenagem ao princípio hermenêutico da unidade da Constituição, as normas constitucionais não podem ser interpretadas de forma isolada, mas como preceitos integrados num sistema unitário, de modo a garantir a convivência de valores colidentes, não existindo princípios absolutos no ordenamento jurídico vigente.

3. Diante do conflito entre a garantia da soberania dos veredictos e o direito de liberdade, ambos sujeitos à tutela constitucional, cabe conferir prevalência a este, considerando-se a repugnância que causa a condenação de um inocente por erro judiciário.

4. Não há falar em violação à garantia constitucional da soberania dos veredictos por uma ação revisional que existe, exclusivamente, para flexibilizar uma outra garantia de mesma solidez, qual seja, a segurança jurídica da Coisa Julgada.

5. Em uma análise sistemática do instituto da revisão criminal, observa-se que entre as prerrogativas oferecidas ao Juízo de Revisão está expressamente colocada a possibilidade de absolvição do réu,

enquanto a determinação de novo julgamento seria consectário lógico da anulação do processo.

6. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, em conhecer do recurso e lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ) os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Gilson Dipp.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Laurita Vaz e Jorge Mussi que conheciam do recurso e lhe davam parcial provimento.

Brasília (DF), 14 de agosto de 2012 (data do julgamento).

Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ),
Relator

DJe 30.8.2012

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Estado de São Paulo* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal.

Informam os autos que o Recorrido, *Geraldo Segatelli*, ajuizou revisão criminal com o propósito de deconstituir acórdão proferido pelo Tribunal de origem que, por unanimidade, negou provimento à sua apelação criminal e manteve a sentença prolatada pelo Tribunal do Júri da Comarca de Palmital, que o condenou à pena de 13 anos de reclusão, em regime integralmente fechado, pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Na ação de revisão criminal, o Requerente alegou, em síntese, ausência de comprovação da sua participação no homicídio e que não poderia ser condenado

apenas por ser o pai do outro denunciado, Sidney Segatelli. Requereu, na ocasião, a desconstituição desse julgado e a sua absolvição, bem como, alternativamente, a adequação ao regime progressivo de cumprimento de pena.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, acolheu o pedido revisional e absolveu o Recorrido, nos termos do art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, porquanto, ainda que inexistente nova prova, o quadro probatório sustenta apenas uma presunção de que o Recorrido participou do homicídio, sem a existência de certeza absoluta da prática do crime.

Opostos embargos de declaração, o Tribunal de origem os acolheu apenas para evidenciar que a soberania do Júri não é absoluta, podendo, assim, ser desconstituída a respectiva sentença condenatória por meio de revisão criminal, quando desrespeitada a liberdade do Réu.

Nas razões do recurso especial, o *Parquet* alega afronta aos arts. 619 e 621, inciso III, do Código de Processo Penal e dissenso pretoriano.

Aponta nulidade no julgamento dos embargos de declaração pela Corte *a quo*, sob a alegação de que não foi sanada omissão relacionada ao prequestionamento explícito dos dispositivos legais tidos por malferidos.

Assevera que a revisão criminal não se presta à mera reapreciação de provas já examinadas pelas instâncias ordinárias.

Sustenta que o Tribunal *a quo*, ao entender que as provas colhidas não autorizavam a condenação do Recorrido, deveria ter determinado a realização de novo julgamento perante o Tribunal do Júri, em atenção à inteligência do art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal.

Aduz que, em sede de revisão criminal, a Corte de origem não poderia reconhecer que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos, sem submeter o Requerente a novo julgamento, sob pena de usurpar a soberania do Tribunal do Júri.

Requer, portanto, a nulidade do julgamento dos embargos de declaração ou, alternativamente, a cassação do julgamento da revisão criminal ou, ainda, que seja cassado o acórdão recorrido para submeter o Réu a novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

Não foram apresentadas as contrarrazões (fl. 153).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 162-163, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): De início, verifica-se a tempestividade do especial, o cabimento de sua interposição com amparo no permissivo constitucional, o interesse recursal, a legitimidade, a exposição da suposta contrariedade a dispositivo legal, o prequestionamento e os pressupostos dos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse aspecto, ressaltar não prosperar a alegada afronta ao art. 619 do Código de Processo Penal, pois pacífico nesta Corte Superior de Justiça que, para viabilizar o cumprimento do necessário prequestionamento, basta o debate da matéria abordada no recurso especial pelo Tribunal de origem.

Ilustrativamente, segue o seguinte julgado:

Civil e Processual Civil. Reparação de danos. Empresas de extração de areia e seixo impactadas por construção de usina hidrelétrica. Atividade ilícita. Indenização. Impossibilidade.

[...]

3. A falta do prequestionamento explícito não prejudica o exame do recurso especial, uma vez que a jurisprudência desta Corte é uníssona em admitir o prequestionamento implícito. Precedentes.

[...]

6. Recurso especial provido. (REsp n. 1.188.683-TO, 4.ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 22.3.2011).

Em relação à alegação de improcedência da ação revisional, por ser incabível sua utilização para reexaminar as provas que embasaram a sentença condenatória, transcrevo, para melhor esclarecimento da situação, trecho do acórdão hostilizado a respeito, *in verbis*:

[...]

Com efeito, sem apontar prova nova, alega que a decisão do Júri não lhe fez Justiça, eis que não ficou comprovada a sua participação no homicídio perpetrado contra a vítima.

A sua pretensão, no entanto, é de ser conhecida, posto que na conceituação de prova nova, a jurisprudência dá maior elastério, nela compreendendo aquelas já existentes nos autos e que circunstancialmente, não mereceram devida valoração pelo julgado hostilizado.

Em verdade, a contextura probatória não permite o vislumbre da co-autoria, estreme de dúvida, no crime que lhe foi atribuído.

Com efeito, o peticionário sempre negou a sua participação no evento delituoso (Vide fls. 39-39 verso, 133-134 e 476-476 verso).

A sua versão, ademais, ficou fortalecida pela do co-réu e seu filho *Sidney Segatelli* (Vide fls. 238).

As testemunhas ouvidas, por outro lado, não presenciaram os fatos e também não fazem referências à particularidade de o revisionando ter mandado que seu filho desse cabo da vida de *Zeferino Tomás de Aquino*.

Há confirmações a propósito das ameaças de morte feitas em público, ante a convicção, por parte do revisionando, de que a vítima era responsável pela sua cassação. Ora, como ponderado pelo digno revisor, “tais ameaças de morte por si só, não se prestam à condenação, que reclama prova robusta, isenta de dúvidas; nem autorizam concluir pela participação no crime, meros comentários” e de que “os autores (do crime) eram Geraldo e Sidney, ou boatos de que Sidney saiu com uma arma da casa de Geraldo, sendo por este acompanhado até o seu veículo Pampa”.

O churrasco a que aludem as provas colhidas, no dizer o eminente revisor “igualmente constitui mera presunção” de que tenha sido realizado para dissimular a co-autoria ou servir como álibi, eis que foi organizado em decorrência da aposentadoria de Geraldo (fls. 81-81 verso).

Em suma, elas, quando muito, levam à “presunção” de que o revisionando tenha sido partícipe do homicídio. Todavia, essa presunção não conduz à certeza absoluta autorizadora do desate condenatório que, circunstancialmente, se apresenta temerário.

É de rigor, portanto, admitir que a decisão revidenda foi proferida contra a evidência ali contida e não pode subsistir, apesar de confirmada em grau de apelação. (fls. 47-48; sem grifos no original).

Atenta à viabilidade do pedido revisional que tem como objeto julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, entendo ser cabível pleito rescisório dessa natureza, pois, a despeito de não ser absoluta a soberania dos veredictos, imprescindível preservar o direito à liberdade do réu, postura que tenho em sintonia com a posição majoritária atualmente adotada pela doutrina e jurisprudência.

Ilustrativamente, colaciono os seguintes julgados do Pretório Excelso:

Direito Processual Penal. Recurso em *habeas corpus*. Apelação. Soberania dos veredictos do Tribunal do Júri. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Improvimento.

1. A questão central, neste recurso ordinário, diz respeito à possível violação à garantia da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri no julgamento do recurso de apelação da acusação, nos termos do art. 593, III, **b**, do Código de Processo Penal.

2. *A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri não é absoluta, submetendo-se ao controle do juízo ad quem, tal como disciplina o art. 593, III, **d**, do Código de Processo Penal. O fundamento do voto do relator da apelação foi exatamente o de que o julgamento pelo corpo dos jurados se realizou de modo arbitrário, sem obedecer parâmetros respaldados nos elementos de prova constantes dos autos.*

3. Caso os jurados alcancem uma conclusão manifestamente contrária à prova produzida durante a instrução criminal e, que portanto, consta dos autos, o *error in procedendo* deverá ser corrigido pelo Tribunal de Justiça.

4. *Esta Corte tem considerado não haver afronta à norma constitucional que assegura a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri no julgamento pelo Tribunal ad quem que anula a decisão do júri sob o fundamento de que ela se deu de modo contrário à prova dos autos (HC n. 73.721-RJ, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 14.11.1996; HC n. 74.562-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 6.12.1996; HC n. 82.050-MS, rel. Min. Maurício Correa, DJ 21.3.2003).*

5. *O sistema recursal relativo às decisões tomadas pelo Tribunal do Júri é perfeitamente compatível com a norma constitucional que assegura a soberania dos veredictos (HC n. 66.954-SP, rel. Min. Moreira Alves, DJ 5.5.1989; HC n. 68.658-SP, rel. Min. Celso de Mello, RTJ 139:891, entre outros).*

6. O juízo de cassação da decisão do Tribunal do Júri, de competência do órgão de 2º grau do Poder Judiciário (da Justiça Federal ou das Justiças Estaduais), representa importante medida que visa impedir o arbítrio, harmonizando-se com a natureza essencialmente democrática da própria instituição do júri.

7. O *habeas corpus* não pode ser utilizado, em regra, como sucedâneo de revisão criminal.

8. Recurso ordinário improvido. (RHC n. 93.248-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 21.8.2008; sem grifos no original).

*"Habeas corpus". Júri. Garantia constitucional da soberania do veredicto do conselho de sentença. Recurso de apelação (CPP, art. 593, III, **d**). Decisão do júri considerada manifestamente incompatível com a prova dos autos. Provimento da apelação criminal. Sujeição réu a novo julgamento. Possibilidade. Ausência, em tal hipótese, de ofensa à soberania do veredicto do júri. Recepção, pela Constituição de 1988, do art. 593, III, **d**, do CPP. Alegação de falta de justa causa para a instauração da persecução penal. Prova da materialidade do crime e de existência de indícios idôneos da autoria do fato delituoso. Exame aprofundado das provas. Inviabilidade na via sumaríssima do "habeas corpus". Existência de exame de corpo*

de delito direto. Alegação de imprestabilidade do laudo pericial. Inocorrência. Exame técnico elaborado por profissionais médicos. Reconhecimento de ocorrência de vestígios materiais peculiares à prática do crime de aborto. Pedido indeferido.

A soberania do júri e o recurso de apelação fundado no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal.

- A soberania dos veredictos do Júri - não obstante a sua extração constitucional - ostenta valor meramente relativo, pois as decisões emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade jurídico-processual.

A competência do Tribunal do Júri, embora definida no texto da Lei Fundamental da República, não confere, a esse órgão especial da Justiça Comum, o exercício de um poder incontestável e ilimitado. As decisões que dele emanam expõem-se, em conseqüência, ao controle recursal do próprio Poder Judiciário, a cujos Tribunais compete pronunciar-se sobre a regularidade dos veredictos.

A apelabilidade das decisões emanadas do Júri, nas hipóteses de conflito evidente com a prova dos autos, não ofende o postulado constitucional que assegura a soberania dos veredictos do Tribunal Popular.

- A mera possibilidade jurídico-processual de o Tribunal de Justiça invalidar, em sede recursal (CPP, art. 593, III, d), a decisão emanada do Conselho de Sentença, quando esta se achar em evidente conflito com a prova dos autos, não ofende a cláusula constitucional que assegura a soberania do veredicto do Júri. É que, em tal hipótese, o provimento da apelação, pelo Tribunal de Justiça, não importará em resolução do litígio penal, cuja apreciação remanescerá na esfera do Júri. Precedentes. Doutrina.

- Inexiste, entre o art. 593, III, d, do CPP e o texto da promulgada em 1988 (CF, art. 5º, XXXVIII, c), qualquer relação de incompatibilidade vertical. Conseqüente recepção, pelo vigente ordenamento constitucional, da norma processual em referência.

A via sumaríssima do "habeas corpus" é incompatível com o exame aprofundado da prova penal.

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem acentuado que o exame aprofundado das provas não encontra sede juridicamente adequada no processo de "habeas corpus". A postulação que objetive ingressar na análise, discussão e valoração da prova será plenamente admissível na via recursal ordinária, de espectro mais amplo, ou, ainda, na via revisional. A condenação penal definitiva imposta pelo Júri é passível, também ela, de desconstituição mediante revisão criminal, não lhe sendo oponível a cláusula constitucional da soberania do veredicto do Conselho de Sentença. Precedentes.

O caráter sumaríssimo de que se reveste a via processual do "habeas corpus" não permite que, no âmbito estreito do "writ" constitucional, discutam-se

questões de natureza essencialmente probatória, tais como aquelas pertinentes à materialidade do delito ou à configuração de sua autoria. Precedentes.

Exame de corpo de delito. Crime de aborto. Pressuposto essencial: a existência do estado de gravidez. Constatação pericial, no caso, fundada em laudo subscrito por dois profissionais médicos. Nulidade processual incorrente. A questão do exame de corpo de delito indireto no crime de aborto. Precedentes. (STF, HC n. 70.193-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 6.11.2006; sem grifos no original).

Na hipótese, da leitura do acórdão impugnado, constata-se que a Corte de origem acolheu o pedido revisional e absolveu o Requerente com base na insuficiência de provas para sua condenação, mormente em relação à sua participação no delito. Para tanto, consignou que no conceito de prova nova estão compreendidas “aquelas já existentes nos autos e que circunstancialmente, não mereceram devida valoração pelo julgado hostilizado”, bem como salientou que a decisão dos jurados teria sido manifestamente contrária às evidências dos autos.

No entanto, entendendo o Tribunal de origem que a condenação estava completamente dissociada das provas dos autos, deveria ter submetido o Réu a novo julgamento perante o Conselho de Sentença, e não ter acolhido a revisão criminal para proferir um juízo absolutório, em observância ao princípio constitucional da soberania dos veredictos, previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da Constituição da República.

Com efeito, sem embargo da existência de posicionamento em sentido contrário, que conta, inclusive, com julgados do Supremo Tribunal Federal, tenho acompanhado julgados desta Quinta Turma no sentido da impossibilidade de a Corte de origem proceder à absolvição do condenado pelo Tribunal do Júri, nos autos de revisão criminal.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados:

Processo Penal. Crime doloso contra a vida. Condenação pelo Tribunal do Júri. Revisão criminal julgada procedente para absolver o réu. Fundamento legal. Fragilidade probatória. Impossibilidade. Recurso especial provido para determinar novo julgamento pelo Tribunal popular.

1. O ordenamento jurídico assegura ao condenado, por qualquer espécie de delito, a possibilidade de ajuizar revisão criminal, nas hipóteses previstas no art. 621, do Código de Processo Penal.

2. In casu, com fundamento na fragilidade do conjunto probatório, foi a revisão criminal julgada procedente para absolver o réu do crime de homicídio.

3. *No entanto, tal fundamento não autoriza o Tribunal revisor a proferir juízo absolutório, pois, de um lado, esta situação não está contemplada no art. 621, I, do Código de Processo Penal, de outro lado, a valoração das provas de forma distinta daquela realizada pelo Tribunal do Júri, não autoriza a ação rescisória pela manifesta contrariedade às provas dos autos, principalmente, levando-se em consideração a soberania dos veredictos na apreciação e valoração dos referidos elementos processuais, pois conforme expressa previsão constitucional, cabe ao Conselho de Sentença, o exame do conjunto fático/probatório.*

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 1.021.468-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 10.8.2011; sem grifos no original).

Recurso especial. Crime doloso contra a vida. Condenação pelo Tribunal do Júri. Retificação de depoimento testemunhal. Revisão criminal julgada procedente. Determinação de novo julgamento pelo Tribunal popular. Possibilidade. Recurso desprovido.

1. Ao Tribunal do Júri, conforme expressa previsão constitucional, cabe o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, sendo-lhe assegurada a soberania dos seus veredictos.

2. Por outro lado, o ordenamento jurídico assegura ao condenado, por qualquer espécie de delito, a possibilidade de ajuizar revisão criminal, nas hipóteses previstas no art. 621, do Código de Processo Penal.

3. *In casu*, o recorrente foi condenado pelo delito de homicídio qualificado, tendo transitado em julgado a sentença. Com base na retificação de depoimento testemunhal, foi apresentada revisão criminal, em que se pleiteava a absolvição do requerente, por ausência de provas.

4. *Considerando-se que o Tribunal de Justiça julgou procedente a revisão criminal para determinar a realização de novo julgamento popular, com fundamento na soberania dos veredictos, não merece reparo o aresto objurgado por estar em consonância com julgado desta Corte Superior.*

5. Recurso desprovido. (REsp n. 1.172.278-GO, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 13.9.2010; sem grifo no original).

Processo Penal. Revisão criminal. Tentativa de homicídio. Tribunal do Júri. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Mérito da acusação. Réu que deve ser submetido a novo júri. Manutenção de sua constrição cautelar.

- Como se sabe, as decisões proferidas pelo Tribunal do Júri não podem ser alteradas, relativamente ao mérito, pela instância ad quem, podendo, tão-somente, dentro das hipóteses previstas no art. 593, do Código de Processo Penal, ser cassadas para que novo julgamento seja efetuado pelo Conselho de Sentença, sob pena de usurpar a soberania do Júri. Na verdade, o veredicto não pode ser retificado ou reparado, mas sim, anulado.

- O cerne da questão, no presente pedido, situa-se no fato de que a decisão do Júri foi reformada, em seu mérito, em sede revisional que, diferentemente da apelação, cuja natureza é recursal, trata-se de verdadeira ação que é ajuizada sob o manto do trânsito em julgado.

- A meu sentir, seguindo a exegese da melhor doutrina, o reconhecimento pelo Tribunal a quo, de que a decisão do Júri foi manifestamente contrária à prova dos autos, ainda que em sede revisional, não tem o condão de transferir àquela Corte, a competência meritória constitucionalmente prevista como sendo do Tribunal do Júri. Portanto, entendo que cabe ao Tribunal, mesmo em sede de revisão criminal, somente a determinação de que o paciente seja submetido a novo julgamento.

- No que tange à possibilidade do paciente aguardar ao novo julgamento em liberdade, não assiste razão ao impetrante. Com efeito, depreende-se dos autos que o réu foi preso em flagrante delito e nessa condição permaneceu durante toda a instrução e por ocasião da pronúncia. Desconstituída a r. sentença que o condenou e mantidas as condições que demonstravam a necessidade de sua prisão cautelar esta deve ser mantida, em decorrência do restabelecimento da sentença de pronúncia, não se exigindo nova e ampla fundamentação.

- Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem, para anular o v. acórdão obargado, determinando a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri mantendo-se a constrição do acusado. (HC n. 19.419-DF, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ de 18.11.2002; sem grifo no original).

No mesmo sentido, confira-se o escólio de Guilherme de Souza Nucci, *in verbis*:

Por isso, entendendo-se ter sido o réu indevidamente condenado, poderá ocorrer o ajuizamento de revisão criminal, mas apenas para que o Tribunal togado proceda ao juízo rescindente, devolvendo ao Júri o juízo rescisório. Cabe ao Tribunal Popular a decisão de mérito, avaliando se houve ou não o mencionado erro judiciário.

A análise das provas do processo é sempre relativa e ninguém pode garantir que o Tribunal togado seja o único habilitado a procedê-la com sucesso. Diante disso, para compatibilizar a revisão criminal e a soberania dos veredictos, sem que uma garantia supere a outra, pois estabeleceria a indevida hierarquia entre normas constitucionais, é preciso encaminhar o julgamento da revisão criminal ao Tribunal Popular.

O argumento de que a soberania dos veredictos não pode afrontar a ampla defesa é frágil, pois o condenado terá direito a um novo julgamento, a ser feito por seus pares, como determina a Constituição. Logo, há ampla defesa, aliás, deve existir *plenitude de defesa*.

Quanto ao fundamento de que a soberania do Júri não pode assentar-se sobre a condenação de um inocente também se pode contrapor que, havendo erro judiciário, leva-se o caso a novo julgamento pelo Tribunal competente, isto é, o Júri. Dessa forma, decidir se o sentenciado é, realmente, inocente cabe aos jurados e não ao magistrado togado.

Dizer que a soberania acompanha o Júri somente até o trânsito em julgado da sentença é negar vigência à Constituição Federal, pois nenhum preceito, em absoluto, assegura tal entendimento. Fosse assim, poder-se-ia dizer que também a ampla defesa acompanha o réu somente até a condenação com trânsito em julgado, afastando-se tal garantia durante a execução da pena, o que seria ilógico.

Finalmente, quanto ao argumento de que há apelação e protesto por novo Júri [hoje, o protesto por novo Júri foi extinto, mas servia como argumento para os que sustentavam a viabilidade da revisão criminal contra a decisão do Júri] para questionar as decisões do Júri, deve-se salientar que tais recursos remetem o caso a novo julgamento pelo próprio Tribunal Popular, razão pela qual não existe subtração de competência e a soberania é assegurada.

Enfim, a revisão criminal jamais poderia rever, quanto ao mérito, a decisão final do Tribunal do Júri, pois isso significa, em verdade, ofensa ao preceito constitucional da soberania dos veredictos. A harmonia dos dispositivos constitucionais é o melhor caminho. Deve-se realizar o juízo rescindente, quando for o caso, pelo Tribunal togado (revisão criminal) para, depois, encaminhar o feito ao juízo rescisório a ser feito pelo Tribunal do Júri (soberania dos veredictos).

Convém, ainda, mencionar o alerta feito por ANTONIO SCARANCA FERNANDES no sentido de que, apesar de firme a orientação na doutrina e na jurisprudência de que o Tribunal togado pode, em sede de revisão criminal, absolver o réu condenado pelo Tribunal do Júri, sob a argumentação de que se trata de revisão de uma garantia implícita da Constituição em favor do réu, é difícil "afastar a ofensa à soberania, sobrepondo o Tribunal de Justiça a sua vontade àquela manifestada pelos jurados. Por outro lado, é possível garantir a soberania dos veredictos e a revisão criminal. Se há prova nova, ainda não apreciada pelos jurados e que pode, por meio de um juízo prévio de probabilidade, alterar o quadro condenatório, o correto seria cassar a decisão e encaminhar o réu a novo julgamento. O mesmo aconteceria se ficasse demonstrado que uma prova dos autos era falsa. Estaria respeitada a soberania dos jurados e não ficaria o réu impossibilitado de reverter a solução formada. Mas, de qualquer forma, a orientação prevalente é a que, no sistema do Código, de forma mais rápida garante o acusado e faz prevalecer a proteção à liberdade" (Processo penal constitucional, p. 166-167). Acolhendo, igualmente, a posição de que a revisão criminal pode ferir a soberania do Tribunal do Júri: BADARÓ, Direito processual penal, t. II, p. 21-22.

[...]

Em condenações advindas do Tribunal do Júri, parece-nos cabível, como já expusemos, apenas a anulação do processo, para que seja refeito, a modificação

da pena, se o erro for do juiz togado, a alteração da classificação do delito, se, igualmente, o erro provier do magistrado, mas jamais a absolvição do réu, decisão concernente à soberania do Tribunal Popular. (TRIBUNAL DO JÚRI, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 453-460).

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso especial para, reformando o acórdão proferido na revisão criminal, determinar que o Réu seja submetido a novo julgamento pelo Conselho de Sentença.

É o voto.

VOTO VENCEDOR

O Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ): Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Estado de São Paulo* contra o v. acórdão do eg. Tribunal de Justiça daquele Estado, que deu provimento à revisão criminal interposta pelo recorrido, cassando a condenação promovida pelo Tribunal do Júri e absolvendo-o, nos termos do art. 386, VI, do CPP.

No apelo nobre, alega o *Parquet* a violação aos arts. 619 e 621 do Código de Processo Penal, a par de dissídio jurisprudencial, ao fundamento de que o r. *decisum* viola a Soberania dos Veredictos, corolário fundamental da instituição do Júri.

Requer a cassação do aresto guerreado, com a determinação de que o recorrido seja submetido a novo julgamento pelo Tribunal dos Pares.

Instado a manifestar-se, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso.

A eminente Ministra Laurita Vaz, Relatora, deu provimento ao Especial a fim de que o recorrido seja submetido a novo julgamento pelo Conselho de Sentença.

Para melhor análise da *quaestio*, pedi vista dos autos.

Inicialmente, acompanho a eminente Ministra Relatora nas teses que dizem respeito ao prequestionamento da matéria, bem como, quanto à possibilidade do manejo da Revisão Criminal para demonstrar, *a posteriori*, que o julgamento se deu, *evidentemente*, de forma contrária à prova dos autos.

Com os devidos acatamento e respeito ao entendimento adotado pela eminente Ministra Relatora, ousou divergir e trazer a debate outra tese acerca da necessidade de submissão do recorrido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

Nestes termos, a divergência está limitada apenas no alcance da apreciação da revisão criminal, mormente no que diz respeito à possibilidade de absolvição por meio do processo revisional ou da obrigatoriedade de determinação de novo Júri.

É incontroverso que a Soberania dos Veredictos é norma constitucional, expressamente consignada no art. 5º, XXXVIII, alínea c, entre as garantias da instituição do Tribunal do Júri, ao lado do sigilo das votações, da plenitude de defesa e da competência para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Também o é a garantia de inviolabilidade do Ato Jurídico Perfeito, do Direito Adquirido e da Coisa Julgada, nos termos do mesmo art. 5º, agora no inciso XXXVI.

Aliás, oportuno ressaltar que a Soberania dos Veredictos é consequente lógico do aperfeiçoamento da Coisa Julgada, pois ambas cingem-se da mesma natureza, como forma de proteção da segurança jurídica e da impossibilidade de substituição da representação popular na figura do Conselho de Sentença.

A própria Ministra Laurita Vaz, expressamente, consigna que há entendimentos contrários, doutrinário e jurisprudencial, inclusive no Excelso Pretório.

Assim, não é demais lembrar que não há Princípio absoluto, sobre o qual não se admita alguma forma excepcional, que possa, em hipóteses específicas, aplicar o direito ao caso concreto, cumprindo-se a função teleológica da hermenêutica constitucional.

Estamos, aqui, num conflito entre valores tutelados pela Constituição Federal, que se apresentam de forma colidente. De um lado, postam-se a Soberania dos Veredictos e a segurança da Coisa Julgada, em face do direito à Liberdade, também protegido no preâmbulo constitucional e no art. 5º, *caput*, da Carta Política.

Em recente artigo publicado em meio eletrônico no sítio MIGALHAS, com posteriores revisões que nos foram gentilmente cedidas pelo autor, o Professor Fernando da Costa Tourinho Filho consigna, *in verbis*:

Obviamente o direito de liberdade se sobrepõe a todo e qualquer outro, mesmo porque as liberdades públicas, notadamente as que protegem o homem do arbítrio do Estado, constituem uma das razões do processo de organização

democrática e constitucional do Estado. Se a revisão criminal visa, portanto, à desconstituição de uma sentença condenatória com trânsito em julgado, vale dizer, se é um remédio jurídico processual que objetiva resguardar o direito de liberdade, há de sobrepor-se ao princípio da soberania, é óbvio. **Entre o direito de liberdade e a garantia constitucional da soberania dos veredictos, a prevalência é daquele, ante a repugnância que causa a qualquer homem de bem a condenação de um inocente. E essa repulsa pelo erro judiciário é universal**, e como dizem Brière de L'Isle e Paul Cogniart "La science et la conscience des juges ne leur garantissent pas l'infailibilité" (Procédure pénale, t. 2, p. 251). (grifamos).

Premissa posta, entendo que não há falar em violação à garantia constitucional da Soberania dos Veredictos por uma ação revisional que existe, exclusivamente, para flexibilizar uma outra garantia de mesma solidez, qual seja, a segurança jurídica da Coisa Julgada.

Ademais, é sempre importante lembrar que a Revisão Criminal é mecanismo processual inerente à defesa, que busca preservar o direito de Liberdade, sendo admissível apenas na hipótese de trazer algum benefício ao condenado, por expressa vedação à *reformatio in pejus* na sede eleita.

Dessa forma, o art. 626 do *Codex* Procedimental assim determina:

Art. 626. **Julgando procedente a revisão, o Tribunal poderá** alterar a classificação da infração, **absolver o réu**, modificar a pena ou anular o processo.

Parágrafo único. **De qualquer maneira, não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista.**

Colhe-se, da leitura do texto legal, que o júízo revidendo pode, entre outras prerrogativas, **absolver o réu**, vedada, tão só, a inadmissível *reformatio in pejus*, sem que se faça qualquer menção de exceção quanto aos veredictos do Tribunal do Júri.

No julgamento do HC n. 68.658-DF, perante o Supremo Tribunal Federal, o eminente Ministro Celso de Mello, hoje decano daquela Corte, expressamente assevera que:

(...) a condenação definitiva imposta pelo Júri é passível, também, de desconstituição, mediante revisão criminal (RTJ 115/1.114), não lhe sendo oponível a cláusula constitucional da soberania do veredicto do Conselho de Sentença (...) A soberania dos veredictos do Júri – não obstante a sua extração constitucional – ostenta valor meramente relativo, pois as manifestações decisórias emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade jurídico-processual. A

competência do Tribunal do Júri, embora definida no texto da Lei Fundamental da República, não confere a esse órgão especial da Justiça Comum o exercício de um poder incontestável e ilimitado (HC n. 68.658-DF, DJ, 26.6.1992, p. 10.105, tendo como precedente o HC n. 67.737-RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 16.2.1990).

No mesmo sentido, o Dr. Paulo Rangel assim consigna em seu livro:

A absolvição como efeito da revisão ocorre, inclusive, das decisões emanadas do Tribunal do Júri, pois não há que se falar em ofensa à soberania dos veredictos, pois este foi criado em favor do réu e, nesse caso, não pode haver ofensa àquilo que está sendo “desrespeitado” para lhe proteger (Direito processual penal, 2011, p. 1.057).

Da análise do mesmo art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, tem-se, no § 2º, a consagração dos regimes de excepcionalidade de certas hipóteses, entre as quais perfilam-se a Revisão Criminal e sua sistemática. Leia-se:

§ 2º - **Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados**, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Acerca do tema, no artigo referenciado, Tourinho Filho cita lição do eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes em sua obra, *verbis*:

as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constituição. Em consequência a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque – “relembre-se o círculo hermenêutico – o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes (Curso de direito constitucional, p. 114).

Numa análise sistemática do instituto da Revisão Criminal, observa-se que entre as prerrogativas oferecidas ao Juízo de Revisão está expressamente colocada a possibilidade de absolvição do réu, enquanto a determinação de novo julgamento seria consectário lógico da anulação do processo.

Diz o Professor Tourinho:

Não se nega seja a soberania dos veredictos dogma constitucional. É o que está, com todas as letras, no art. 5º, XXXVIII, da *Lex Mater*. Também o é a revisão criminal

prevista nos arts. 102, I, **f**, e 108, I, **b**, da Lei Fundamental, por força do § 2º do art. 5º desse mesmo diploma maior. E a revisão criminal, ao contrário do que possa parecer, tem um poder muito mais extenso e intenso que a própria soberania do Júri. É uma ação que objetiva desconstituir a coisa julgada, quando houver erro judiciário. É mercê da revisão criminal que se reapreciam condenações proferidas até pelo Supremo Tribunal Federal, cimeiro do Poder Judiciário, fazendo surgir, desnudado e desventrado, de maneira absolutamente soberana o espectro do erro judiciário. É por meio dela que as decisões do Superior Tribunal de Justiça, órgão maior das Justiças Estaduais e Federal, são reexaminadas. Assim também as decisões proferidas por quaisquer Tribunais, porque o interesse maior é não permitir o erro judiciário, mazela de muitos julgados.

Nesse contexto, se estivéssemos diante de um recurso ordinário de apelação criminal, em caso de absolvição pelo Conselho de Sentença, caberia ao Tribunal *ad quem*, mediante recurso ministerial, apenas determinar a realização de novo Júri, da mesma forma que, se a decisão fosse condenatória, não poderia absolvê-lo ordinariamente.

Todavia, a revisão criminal, como a Ação Rescisória no campo cível, não está sujeita a tal limitação, podendo mitigar a garantia constitucional da Coisa Julgada, inclusive, com a absolvição do acusado, por força expressa do comando legal acima citado.

O sistema processual brasileiro está firmado na outorga da competência excepcional da rescisão da Coisa Julgada, apenas, ao Tribunal que tenha competência para apreciar a revisão criminal, não havendo falar em fracionamento dessa jurisdição, como aconteceria caso um juízo revidendo que, tão só, pudesse determinar a reapreciação da causa por outro juízo revisor.

Sobre o tema, voltamos a citar o artigo do Professor Fernando Tourinho Filho, de onde colhe-se, *verbi gratia*:

O nosso ordenamento não criou um juízo *rescindens* e outro *rescissorium*, à semelhança do que ocorre em outras poucas legislações. Se não o criou, não podem os Tribunais criá-lo, usurpando função do legislador. Sempre foi da nossa tradição o juízo revidendo exercer o juízo *rescindens* e o juízo *rescissorium* simultaneamente. No juízo revidendo, entre nós, a causa é novamente julgada, seja para alterar a classificação da infração, seja para absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo, à dicção do art. 626 do CPP. Nenhuma restrição às decisões do Tribunal do Júri. Quando da elaboração da Lei n. 263, em fevereiro de 1948, ocasião em que os mesmos constituintes procuraram adaptar a Instituição do Júri aos novos caracteres traçados no § 28 do art. 141 da Carta Política de 1946, revogaram os arts. 604, 605, 606 e outros do CPP, mas mantiveram em toda a sua inteireza as disposições sobre revisão criminal.

Por todo o exposto, renovando as máximas vênias ao entendimento adotado pela eminente Ministra Laurita Vaz, ousou divergir, reconhecendo a possibilidade de absolvição por parte do eg. Tribunal de Justiça de réu condenado pelo Tribunal do Júri, em sede de revisão criminal.

Nestes termos, *nego provimento* ao recurso especial.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público, com fulcro no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deferiu revisão criminal para anular o julgamento anteriormente proferido pelo Tribunal de Júri e absolver o réu *Geraldo Segatelli* da prática do crime previsto no art. 121, § 2º, I e IV, do Diploma Penalista.

Consta dos autos que o Recorrido foi condenado pelo Júri Popular pelo delito tipificado no art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal, tendo o Juiz Presidente, na ocasião, fixado-lhe a pena de 13 (treze) anos e 6 (seis) meses de reclusão a ser resgatada no regime inicial fechado, tendo a decisão transitado em julgado em 9.12.1999.

Posteriormente, a defesa ajuizou revisão criminal ao fundamento de que o julgamento fora proferido em manifesta contrariedade às provas constantes dos autos, tendo o Tribunal local deferido o pedido e absolvido diretamente o acusado nos termos do art. 386, VI, do Código de Processo Penal (fls. 45-48).

Opostos embargos de declaração pelo *Parquet* estadual, restou o mesmo acolhido tão somente para esclarecer que a “revisão fora deferida em face do entendimento segundo o qual a decisão do Tribunal do Júri não é absoluta e pode ser desconstituída” (fl. 61).

Irresignado, o Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs o presente recurso especial ao fundamento de que o acórdão vergastado teria malferido os arts. 619 e 621, III, ambos do Código de Processo Penal, bem como dissentiu de julgados deste Superior Tribunal de Justiça.

Sustenta que o Tribunal local ao não fazer referência expressa aos dispostos nos arts. 5º, XXXVIII, da Carta Magna, e 621, III, do Código de Processo Penal, teria malferido o art. 619 do mesmo Diploma Processualista.

Obtempera que o aresto impugnado proferido em sede revisional teria procedido à reavaliação das provas já constantes dos autos e já analisadas quando do julgamento pelo Tribunal do Júri, o que não autorizaria a revisão criminal.

Salienta que, tendo a Corte *a quo* reconhecido que a decisão dos jurados fora manifestamente contrária à prova dos autos, deveria ter anulado a sessão de julgamento anteriormente proferida e não procedido à absolvição direta do réu, eis que tal operação usurpa a soberania do Tribunal Popular.

A defesa, apesar de devidamente intimada, não apresentou as devidas contrarrazões (fl. 155), tendo o recurso especial sido admitido na Origem (fls. 155-156).

Remetido o feito a este Superior Tribunal de Justiça, manifestou-se a Subprocuradoria Geral da República pelo provimento do reclamo especial (fls. 162-163).

A Relatora, Ministra Laurita Vaz, deu parcial provimento ao recurso para reformar o acórdão proferido em sede de revisão criminal e determinar que o acusado seja submetido a novo julgamento pelo Conselho de Sentença.

Em voto-*vista*, o Desembargador convocado Adilson Vieira Macabu ratificando a posição adotada na origem, nega provimento ao apelo nobre ministerial.

Pedi vista dos autos para melhor análise da matéria.

Não desconheço da profunda divergência doutrinária acerca da possibilidade de absolvição direta pelo Tribunal de origem no curso da ação revisional.

Tal posição baseia-se em dois fundamentos: a) a revisão criminal constitui garantia constitucional fundamental, tal como a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri. No caso de conflito entre elas, deveria prevalecer o direito do réu à liberdade; e b) não há no ordenamento processual penal previsão expressa de separação dos juízos rescisivo e rescisório na revisão criminal. Confrim-se as lições doutrinárias acerca do tema:

A revisão atenta, aparentemente, contra a soberania dos veredictos, se deferida, pois que revoga a condenação que o Júri proferiu. Todavia, ela, em tal caso, vem de encontro ao direito de liberdade do condenado, e, por isso, não viola o art. 141, § 28, da Constituição, que é preceito destinado a tutelar esse mesmo direito. A soberania dos veredictos não pode ser atingida enquanto preceito

preceito para garantir a liberdade do réu. Mas se ela é desrespeitada em nome dessa mesma liberdade, atentado algum se comete ao texto constitucional. Os veredictos do Júri são soberanos enquanto garantem o *jus libertatis*. Absurdo seria, por isso, manter essa soberania e intangibilidade quando se demonstra que o Júri condenou erradamente. Como também não se atenta contra a soberania dos jurados, se não se submete, a seu veredicto, uma lide penal resultante de homicídio doloso, por entender-se não punível, ou lícita, a conduta típica do réu. (MARQUES, José Frederico. A instituição do júri, Editora Saraiva, 1963).

Não é menos certo que a Lei Maior tutela e ampara, de maneira toda especial, o direito de liberdade, tanto que lhe dedica todo um capítulo. Assim entre manter a soberania do veredictos intangível e procurar corrigir um erro em benefício da liberdade, obviamente o direito de liberdade se sobrepõe a todo e qualquer outro, mesmo porque as liberdades públicas, notadamente as que protegem o homem do arbítrio do Estado, constituem uma das razões do processo de organização democrática e constitucional do Estado. Se a revisão criminal visa, portanto, à desconstituição de uma sentença condenatória com trânsito em julgado, vale dizer, se é um remédio jurídico processual que objetiva resguardar o direito de liberdade, há de sobrepor-se ao princípio da soberania (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Código de Processo Penal comentado, v. II, Editora Saraiva, 1997, p. 369).

A revisão criminal, tal como prevista em nosso sistema legal, não comporta a separação de juízos. Tal critério é adotado em outros países, que expressamente determinam a separação da revisão em duas fase - a do juízo rescidente e a do juízo rescisório.

Não há, portanto, possibilidade de cessão do julgamento da revisão criminal no direito brasileiro. O Tribunal competente, ao julgar a revisão pode: confirmar a condenação, alterar a classificação da infração, reduzir a pena, absolver o condenado ou anular o processo.

No primeiro caso, a revisão é julgada improcedente e o processo está encerrado (não há *judicium rescindens* nem *judicium rescissorium*). Nos outros três, o Tribunal rescinde a sentença (juízo rescidente) e profere novo julgado (juízo rescisório), com redução da pena ou absolvição plena. (MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Revisão criminal, 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 199).

Contudo, este Superior Tribunal, quando teve a oportunidade de analisar o tema, preferiu devolver o julgamento do feito ao juiz constitucional da causa, no caso o Tribunal do Júri. Veja-se:

Processo Penal. Revisão criminal. Tentativa de homicídio. Tribunal do Júri. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Mérito da acusação. Réu que deve ser submetido a novo Júri. Manutenção de sua constrição cautelar.

- Como se sabe, as decisões proferidas pelo Tribunal do Júri não podem ser alteradas, relativamente ao mérito, pela instância *ad quem*, podendo, tão-somente, dentro das hipóteses previstas no art. 593, do Código de Processo Penal, ser cassadas para que novo julgamento seja efetuado pelo Conselho de Sentença, sob pena de usurpar a soberania do Júri. Na verdade, o veredicto não pode ser retificado ou reparado, mas sim, anulado.

- O cerne da questão, no presente pedido, situa-se no fato de que a decisão do Júri foi reformada, em seu mérito, em sede revisional que, diferentemente da apelação, cuja natureza é recursal, trata-se de verdadeira ação que é ajuizada sob o manto do trânsito em julgado.

- A meu sentir, seguindo a exegese da melhor doutrina, o reconhecimento pelo Tribunal *a quo*, de que a decisão do Júri foi manifestamente contrária à prova dos autos, ainda que em sede revisional, não tem o condão de transferir àquela Corte, a competência meritória constitucionalmente prevista como sendo do Tribunal do Júri. Portanto, entendo que cabe ao Tribunal, mesmo em sede de revisão criminal, somente a determinação de que o paciente seja submetido a novo julgamento.

- No que tange à possibilidade do paciente aguardar ao novo julgamento em liberdade, não assiste razão ao impetrante. Com efeito, depreende-se dos autos que o réu foi preso em flagrante delito e nessa condição permaneceu durante toda a instrução e por ocasião da pronúncia. Desconstituída a r. sentença que o condenou e mantidas as condições que demonstravam a necessidade de sua prisão cautelar esta deve ser mantida, em decorrência do restabelecimento da sentença de pronúncia, não se exigindo nova e ampla fundamentação.

- Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem, para anular o v. acórdão objugado, determinando a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri mantendo-se a constrição do acusado. (HC n. 19.419-DF, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Quinta Turma, DJ de 18.11.2002).

Comungam desse entendimento doutrinadores como Guilherme de Souza Nucci e Júlio Fabbrini Mirabete:

É admissível a revisão da sentença condenatória irrecorrível proferida pelo Tribunal do Júri, pois a alegação de que o deferimento do pedido feriria a “soberania dos veredictos”, consagrada na Constituição Federal, não se sustenta. A expressão é técnico-jurídica e a soberania dos veredictos é instituída como uma das garantias individuais, em benefício do réu, não podendo ser atingida enquanto preceito para garantir sua liberdade. Não pode, dessa forma, ser invocada contra ele. Aliás, também a Carta Magna consagra o princípio constitucional da amplitude de defesa, com os recursos a ela inerentes (art. 5º, LV), e entre estes está a revisão criminal. Cumpre observar que, havendo anulação do processo, o acusado deverá ser *submetido a novo julgamento pelo Tribunal*

do Júri, enquanto a prova da inocência redundava em absolvição do condenado. (MIRABETE, J. F. Código de Processo Penal Interpretado, 7ª ed. Editora Atlas, 2000).

(...) Atribuiu-se, constitucionalmente, soberania aos veredictos populares e tal preceito deve ser assegurado sempre, sob pena de se esvaziar, por completo, a eficiência do Tribunal do Júri. O fato de ser a revisão criminal uma garantia individual, para corrigir eventuais erros judiciários, não afasta, em hipótese alguma, o direito que o povo tem de proceder à necessária revisão do julgado, quando for necessário (...).

Por isso, entendendo-se ter sido o réu indevidamente condenado, poderá ocorrer o ajuizamento de revisão criminal, mas apenas para que o Tribunal togado proceda o juízo rescindente, devolvendo ao Júri o juízo rescisório (...).

Enfim, a revisão criminal jamais poderia rever, quanto ao mérito, a decisão final do Tribunal do Júri, pois isso significa, em verdade, ofender o preceito constitucional da soberania dos veredictos. (NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri, Editora Revista dos Tribunais, 2008).

Desta forma, parece mais correta esta última posição, uma vez que impõe a remessa do feito ao Tribunal do Júri, *único competente para a análise de provas em casos de crimes dolosos contra a vida*.

Assim, *acompanhando integralmente o voto da Relatora*, entendo que o recurso especial merece parcial provimento para, reformando o acórdão objurgado, determinar que seja, o Recorrido, submetido a novo julgamento perante o Júri Popular.

É como voto.



Sexta Turma

HABEAS CORPUS N. 139.235-GO (2009/0114556-2)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Impetrante: Marco Henrique Sul Santana
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
Paciente: Elsa Soares da Silva

EMENTA

Processual Penal. *Habeas corpus*. Homicídio qualificado. Sentença condenatória. Liberdade condicionada. Proibição de ausentar-se do País. Possibilidade. Ordem denegada.

1. Para se restringir o direito do indivíduo, necessária se faz a normatização da medida, não cabendo ao julgador, com espeque no poder geral de cautela, cominá-la ao seu talante, em atenção aos princípios da presunção da inocência e da legalidade.

2. A posterior Lei n. 12.403/2011 elencou algumas medidas cautelares pessoais passíveis de aplicação pelo magistrado; dentre as quais, a proibição de ausentar-se do País, com a retenção do passaporte.

3. *In casu*, não se determinou a entrega do passaporte, apenas a inviabilidade da acusada e do corréu de ausentarem-se do País, oficiando-se às autoridades competentes.

4. De se notar que a condição imposta para a liberdade decorre do termo de compromisso aceito pela paciente, no qual se compromete a comparecer a todos os atos processuais, estando a medida aplicada em consonância com o ordenamento jurídico vigente à época.

5. Estipulada a proibição de afastar-se do distrito da culpa para os delitos afiançáveis - artigo 328 do Estatuto Processual Repressivo -, com mais propriedade deve ser imposto para os crimes inafiançáveis.

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: “A

Turma, por unanimidade, denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 25 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 29.6.2012

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de *Elsa Soares da Silva*, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (HC n. 34769-0/217).

Ressuma dos autos que a paciente foi denunciada, juntamente com outros, pelos seguintes fatos (fls. 24-30):

Consta dos autos de inquérito policial que acompanham esta denúncia, que no dia 8.4.1989 (sábado), provavelmente às 00:00h, dentro do Terreiro de Candomblé denominado “Axê Ilê Oxalufã”, situado na Av. Macambira, no Setor Rio Formoso, e posteriormente na mata fechada e de difícil acesso, nas proximidades, no mesmo setor, nesta capital, foi, encomendada, raptada, amordaçada, imolada, espancada, morta e posteriormente teve seu corpo ocultado, a criança Michael Mendes, de 04 anos de idade, portadora de deficiência física, por organização criminosa satânica, conforme Laudo de Exame Cadavérico de fls. 20-25 e de encontro de cadáver, às fls. 26-54.

A vítima foi encontrada debaixo de árvores, com traumatismo craniano, com três dentes superiores frontais arrancados e os dedos das mãos amputados, com o corpo semi enterrado com barriga para baixo e cabeça degolada virada para cima, demonstrando um ritual macabro também na ocultação do cadáver, com a presença ainda nas proximidades (7 metros), do cadáver: de 07 copos descartáveis de cor branca, um pente de cabo de cor vermelha, plástico de buquê de flores, fitas vermelhas, velas Ipê de cor amarela, cigarrilhas, talco, velas vermelhas, pinga, cerveja, vinho jurubeba, champagne, caixa de papelão e um vidro de esmalte que tinha escrito em seu rótulo - Pomba Gira, que significa uma entidade espiritual que exige sangue humano.

Infere-se dos autos que a criança Michael Mendes teve sua morte planejada e arquitetada para atender a necessidade que os denunciados e outros tinham de seu sangue para a feitura de ritual satânico de magia negra.

Pelo relato dos autos, o ritual satânico foi conduzido pelo pai-de-santo Willian e por mais seis pais-de-santo, ao todo sete, onde seria imprescindível sangue humano. No relatório policial (fls. 159-161) consta que Willian promoveu, meses depois do sacrifício precisamente dia 18.1.1991, um ritual de “iniciação”, como forma de treinamento dos adeptos, ensinando-os sobre magia negra. No referido treinamento, meses depois da morte de Michael, os adeptos tiveram uma “aula demonstrativa” com um cadáver retirado clandestinamente de um túmulo no Cemitério Park, onde cortaram os dedos do defunto com navalha da mesma forma que aconteceu com Michael, retirando o rim do mesmo.

Maria Lúcia e Gislaine, (ainda não identificadas), vizinhas e amigas da denunciada Eva, confessaram para agentes da polícia que o fato foi praticado por sete ou mais pessoas, sob coordenação e liderança do pai-de-santo Willian - fls. 160. Contou Maria Lúcia que Natanael, pai de Irani, e outras pessoas iriam participar da “iniciação” no ritual satânico (treinamento acima citado), como de fato ocorreu, no cemitéri.

Tudo preparado, no dia 8.4.1989, raptando Michael, colocaram em prática os ensinamentos e várias pessoas, em quatro caminhonetes, participaram do trabalho de Michael inicialmente e, ao final, ficaram sete pessoas, todas pais-de-santo (ou filhos-de-santo), para realizar a cerimônia diabólica sob chefia espiritual do pai-de-santo Willian.

Contando, portanto, com a participação de várias pessoas adeptas à seita, a criança foi, diante de adultos, sacrificada viva num cenário de velas, bebidas e invocação a demônio Pomba Gira, onde a imolaram e cortaram-lhe o pescoço para extrair sangue, com a liderança do pai-de-santo Willian - fls. 161. Deceparam a criança, cortando-lhe os dedos, arrancando seus dentes superiores e destruindo-lhe a cabeça com instrumento contundente. Após, com a participação direta no ritual de outras pessoas, o grupo liderado pelo pai-de-santo Willian ainda enterrou o corpo de bruços e a cabeça virada ao contrário, com requintes de bruxaria. Cerca de vinte dias após, os restos mortais foram encontrados.

O pai-de-santo Willian e outros, ainda não identificados, durante o ritual, com a participação moral de outros envolvidos, puseram-se naquela cerimônia a praticarem toda espécie de perversidades e crueldade com a criança, quebrando-lhe os dentes, e cortando-lhe os dedos. Outras atrocidades não foram verificadas pelos médicos peritos face ao estado avançado de decomposição do cadáver.

Com a encomenda de sangue humano para a solução de caso amoroso, com invocação de Pomba Gira, de posse da encomenda de morte, o pai-de-santo Willian, com participação dolosa de Elza, Eva e de várias pessoas adeptas ao candomblé, determinaram o rapto da criança Michael de maneira a retirar-lhe o sangue no ritual, o qual foi, barbaramente, servido com bebidas e frutas. Após,

promoveram medidas para dificultar a descoberta da organização criminosa, inclusive com trabalho de “casinha” (feitiço para não encontrar a criança).

Findo o trabalho espiritual, o grupo criminoso, do qual muitos ainda não foram descobertos, por serem protegidos pelo pacto do silêncio da organização, ocultaram o corpo a sete metros do “despacho” e o fizeram colocando em uma cova rasa, com requintes de bruxaria.

A cova rasa onde depositaram os restos mortais da criança ficava a 2 km do terreiro do denunciado Willian – fls. 178 e depois da descoberta da morte de Michael, ficou fechado por 06 (seis) meses. Importante ressaltar que da entrada principal deste Centro Espirita dava para avistar a mata onde Michael foi encontrado.

Para a concretização do ritual diabólico então diversas pessoas colaboraram no desenrolar dos fatos, que culminaram na morte da criança. A seita satânica, que era dirigida e composta por vários pais-de-santo de diversos terreiros, do regime candomblé, especialmente pelo denunciado Willian e o falecido Donizete, contava com a convivência, a cumplicidade, a tolerância e a aplicação da “lei do silêncio” de vários adeptos e discípulos, naquela região, a ponto de existir comunicação entre os membros por dialetos e olhares para programar depoimentos no inquérito policial, tumultuando ou escondendo a verdade.

No curso das investigações, diversos fatos foram provados. Uma agente policial, disfarçada de cliente, achou nas dependências da casa de massagem de Elza, amiga de Eva, um recorte de jornal que narrava sobre o homicídio de Michael e Elza proferidos dizeres (fls 56): “bem feito isso acontecer, eles não sabem o que é brincar com a vida dos outros. Eu sei muito bem como isso aconteceu” e, completou, afirmando que Anselmo era quem tinha motivado aquilo tudo.

As denunciadas Elza e Eva, da seita candomblé, eram as pessoas mais próximas da vítima Michael Mendes, por freqüentarem o salão de beleza da tia-mãe desta, *Ana de Fátima*. A vítima inclusive chegava, pelo laço de vizinhança, a dormir na casa de Eva.

Em tal salão de beleza, onde a vítima permanecia e, brincava, Elza sempre narrava seu dissabor na sua vida sentimental. O marido dela teve casos com homens e mudou-se para os Estados Unidos. Elza passou a se relacionar com várias pessoas, sempre buscando encomendas espirituais e apaixonou-se por Adevaldo com o qual passou a ter intimidade. Este porém, trabalhando numa farmácia, passou a ter relações com o então proprietário Anselmo Pereira, que também era, segundo consta no inquérito policial, homossexual.

A denunciada *Eva*, amicíssima de *Elza* - fls. 560, também ligada ao candomblé, consultava o pai-de-santo Willian, do Setor Rio Formoso em Goiânia e intermediava o trabalho para *Elza* - fls. 154. Elza também frequentava o terreiro de Willian - fls. 82 e 93. O pai-de-santo *Willian*, por sua vez, tinha contato com o pai-de-santo Donizete (já falecido), proprietário do Terreno de Candomblé “Pai

João das Matas”, no Setor Novo Horizonte, sendo ambos vizinhos e praticantes da mesma seita e concepção ideológica - fls. 525, sendo que *Willian* concluiu então pela realização de sacrifício humano - fls. 546, para obtenção de sangue para oferecerem a pomba-gira para resolver problemas amoroso de *Elza*. Ambos pais-de-santo, naquela região, eram muito respeitados pelos adeptos do candomblé, como possuidores de forças espirituais.

Elza, frustrada com o relacionamento de seu namorado homossexual com o dono da farmácia, com ódio de “gays” - fls. 104, se dispôs até em dar a vida do filho dela ao diabo para ser executado em trabalho espiritual - fls. 13, para conseguir seu “amor” de volta. Por conta da deficiência física de Michael Mendes (que andava meio que “rebolando”, por ter uma perna maior que a outra), a denunciada Elza nutria sentimento de discriminação e até raiva em relação a vítima, filha de Onita (que é irmã de Ana Fátima), por se dizer traumatizada pelos relacionamentos que teve com homossexuais.

Escolhida a criança Michael, com o aval do grupo satanista, esta foi raptada pela manhã e início da tarde de 8.4.1989. Naquele dia, após o rapto e antes do ritual, compareceu Elza no salão de Ana Fátima por volta das 17:00h,, munida de uma pirâmide em forma de “casinha”, fabricada pelo pai de santo Alexandre (três triângulos manuscrito com símbolo chamado cruz da confusão), retirada de dentro de uma sacola sua, dizendo que tinha achado na rua, que estava bastante com pressa, que tinha compromisso e que tinha que vencer o “homem da farmácia” no campo espiritual, e que a “casinha” era presente para Michael, deixando-a na prateleira do salão. Segundo a tia-mãe da vítima, tratava-se de trabalho de bruxaria para não encontrar a criança raptada.

Ao fabricar a “casinha” (feitiço) para que Elsa levasse para o salão de Ana de Fátima, o pai de santo Alexandre sabia que a finalidade era ocultar a descoberta da criança raptada que seria sacrificada tendo ele plena consciência do resultado, aderindo as condutas dos demais denunciados (fls. 232 verso 247-249). Tal pai de santo *Alexandre* morava próximo ao terreiro de Willian e praticava rituais semelhantes a candomblé (sacrifício de animais) e fugiu assim que ocorreu a morte da criança (fls. 232 verso, 247-249).

Ainda na noite do crime, Eva, amiga de Elza, não foi ao local onde trabalhava como doméstica. Depois do fato, quando a polícia lhe procurou, Eva efetuou ligação para Elza avisando sobre o fato da polícia haver lhe procurado e estar investigando. Sem explicações, Eva posteriormente mudou-se para local incerto.

Apurou-se que o pai-de-santo Willian era visitado por Elza para auxílio espiritual - fls. 82 - e tinha terreiro na Avenida Macambira na divisa entre o Conjunto Cachoeira Dourada e o Setor Rio Formoso, onde foi encontrado o cadáver de Michael, e também, onde mantinha contato com Donizete. A mãe de Willian morava próxima da casa da mãe da vítima (fls. 83), e o desenrolar dos fatos começou no terreiro de Willian.

Elza, depois do sumiço da vítima, telefonou para Ana para dizer que “tinha vencido o homem”, não tocando assunto sobre Michael. Ela também, após a morte, encontrou-se com Adevaldo, seu caso amoroso, e pediu-lhe para conversar com o advogado primo dela (*Elsa*), tendo este advogado recomendado Adevaldo a “esquecer aquilo”, pois poderia ser chamado a depor na Delegacia (fls. 91), referindo-se a morte de Michael.

Na bolsa de Elza (fls. 103), depois do fato, foi apreendido pela polícia uma receita para “trabalho” de magia negra com os dizeres “7 velas vermelhas, 7 velas rosas, 7 velas marrom e preta, 2 perfumes Pomba Gira, 7 velas quebra demanda mel e maço, 7 agulhas e um punhal virgem”. E ainda, no curso da investigação Elza ameaçou uma pessoa que se recusou prestar depoimento sobre o caso Michael, dizendo que “quem estivesse a favor de Ana (tia-mãe da vítima) iria rolar também com ela”. Também, Elza combinou depoimento com Eva piscando os olhos para que Eva confirmasse o que Elza tinha dito sobre a receita macabra encontrada na sua bolsa (fls. 151). Enfim, na casa de Elza, foram encontrados os mesmos utensílios (velas, copos, garrafas) usados no ritual de sacrifício de Michael (fls. 98-100).

A denunciada Elza, na polícia, confessou que contava com ajuda de Eva na busca de resolver seus problemas, a qual pedia ao “guia” alguma ajuda (fls. 154). Consta inclusive das declarações de *Elza* que *Eva* se prontificava a ajudar no “trabalho”. *Eva* intermediava todo trabalho com o pai-de-santo, tanto que *Eva*, no dia do rapto, não foi trabalhar na casa de sua patroa, que coincidiu com o sacrifício da criança.

Percebe-se, portanto, que de qualquer modo as denunciadas Elza e Eva estavam ligadas ao fato e ao local onde se desenvolvia a seita candomblé, auxiliando seu líder espiritual Willian, sendo este, o líder na execução da criança, coadjuvado por outros ainda não identificados - fls. 570.

Consta dos autos que Donizete, enquanto vivo e sua irmã - fls. 546, confessaram que o fato tinha tudo a ver com o pai-de-santo Willian. Os executores e participantes, inclusive os ora denunciados, tinham interesse, motivo e oportunidade para a realização da magia negra e tinham ainda ciência prévia da realização de sacrifício de pessoa humana. Os participantes, tal como *Eva* e *Elza*, deram apoio ao sacrifício, antes, durante e depois da magia (encomendando o trabalho, apoiando e aceitando a morte de inocente e não tendo nenhum ato de arrependimento que pudesse impedir a eliminação da vítima; comprando materiais para despacho; inclusive com compra de punhal; ocultação dos fatos pelos comparsas, etc).

No início da noite daquele dia, o tio da vítima, que é Pastor Evangélico, sofreu atentado a balas por pessoas desconhecidas que estavam numa moto.

(...)

Adveio sentença, em 15.1.2009, na qual a acusada foi condenada, por infração ao disposto no art. 121, § 2º, incisos I, II e IV, c.c. os arts. 29 e 61, inciso II, letra **h**, todos do Código Penal, à pena de 18 (dezoito) anos de reclusão, em regime inicial fechado. Foi deferido o apelo em liberdade, com a imposição de medida cautelar, sob estes fundamentos (fl. 57):

(...)

Merecem aguardar o trânsito em julgado desta sentença em liberdade, em razão de terem endereço fixo acostado aos autos, além de estarem respondendo a todos os chamamentos judiciais. Fica vedado aos dois réus a possibilidade de se ausentarem do País, devendo este fato ser comunicado às autoridades competentes.

(...)

Inconformada, a defesa impetrou prévio *habeas corpus* perante a Corte de origem, que denegou a ordem, por maioria, vencido o relator, em acórdão com esta ementa (fl. 101):

Habeas corpus. Deferimento do direito de recorrer em liberdade sob condição de não se ausentar do país. Condenada com residência e trabalho fora do Brasil. Ilegalidade não configurada. Ordem denegada.

I - Não há falar em constrangimento ilegal ao direito de ir e vir, se o juiz, ao proferir sentença condenatória, após a devida fundamentação e usando do seu poder de cautela, concede ao sentenciado o direito de recorrer em liberdade, impondo-lhe a restrição de não se ausentar do país.

Confirmam-se os fundamentos do julgado (fls. 104-110):

(...)

O ilustre Relator dos presentes autos, acolhendo o parecer ministerial de cúpula, conheceu do pedido e concedeu a ordem para afastar da sentença a proibição imposta à paciente (ausentar-se do país), ao argumento de que inexistia previsão legal para tal vedação, houve ofensa aos preceitos constitucionais que primam pela liberdade, pela presunção de inocência e, sobretudo, ao contido no art. 5º, II, da CF.

Data vênia, ousou discordar do seu posicionamento, pois lendo com mais acuidade a petição inicial e os documentos constantes dos autos, deles constato que a paciente ataca a sentença condenatória de fls. 50-54 que, em obediência aos arts. 93, IX, da CF e 387, parágrafo único, do CPP, deferiu-lhe o direito de recorrer em liberdade, sob a condição de que se abstivesse de deixar o país.

No caso em exame, portanto, não há falar em falta de fundamentação da sentença condenatória que agraciou a condenada com a liberdade provisória, impondo-lhe a restrição de não se ausentar do país pois, segundo a doutrina dominante, a liberdade provisória pode ser vinculada ou não, tendo em vista que, em determinadas hipóteses, o legislador admitiu a concessão desse instituto, porém sujeitou o acusado ao cumprimento de certas condições, sob pena de se revogar a liberdade e recolher-se o acusado à prisão.

As condições às quais o réu estará sujeito encontram-se previstas nos arts. 327 e 328 do Código de Processo Penal:

- a) obrigação de comparecer a todos os atos, do processo (art. 327 do CPP);
- b) proibição de o réu mudar de residência sem prévia permissão da autoridade processante (art. 328, 1ª parte, do CPP);
- c) proibição de o réu ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar à autoridade processante o lugar onde será encontrado (art. 328, 2ª parte, do CPP).

Como se vê, o legislador permite a concessão de liberdade provisória, no entanto, sujeita o acusado a certas condições. Nas palavras do professor Paulo Rangel: "(...) Portanto, o réu fica livre, mas preso ao processo" (RANGEL, Paulo. *Op. Cit.*, p. 661).

A vedação a que se refere o art. 328, 2ª parte, do CPP, também se aplica, com muito mais razão, à proibição de ausentar-se do país, principalmente quando a condenada comprova possuir residência e trabalho fora do Brasil.

Ressalte-se que, embora as citadas proibições se refiram aos crimes afiançáveis, seria um contra-senso não admiti-las nos casos de condenação por crime mais grave, com pena de reclusão a ser cumprida em regime inicial fechado.

O saudoso Júlio Fabbrine Mirabete, em sua obra Código de Processo Penal Interpretado, ao comentar o art. 310 que trata da liberdade provisória assim dispõe: "(...) a liberdade provisória, que substitui a prisão provisória, com ou sem fiança, nas hipóteses de flagrante (arts. 301 a 310), pronúncia (atual art. 413, § 3º) e sentença condenatória recorrível (atual art. 387 parágrafo único). Com ela, o acusado não é recolhido à prisão ou é posto em liberdade se estiver preso, vinculando ou não a certas obrigações que o prendem ao processo e ao juízo, com o fim de assegurar sua presença aos atos do processo sem o sacrifício da prisão provisória". (grifei) (Ed. Atlas 7ª Ed. 2005, p. 403).

Se não isso, atualmente, com a edição da Lei n. 11.719/2008, os Tribunais veem entendendo que o juiz pode impor qualquer medida acautelatória para garantir a aplicação da lei, na forma do art. 387, parágrafo único do CPP (...).

Segundo o entendimento do STF e STJ, não viola o direito de ir vir, a decisão que assegura ao condenado o direito de recorrer em liberdade, impondo-lhe a

restrição de não deixar o país, com o propósito de assegurar o cumprimento da pena privativa de liberdade, caso esta venha a ser confirmada em grau de recurso.

(...)

Embora existam decisões em contrário no próprio STJ, observo que elas não são aplicáveis ao caso em exame, porque proferidas em situações peculiares, ou seja, mero indiciamento ou quando ainda não concluída a ação penal, e não em processo com sentença condenatória (18 anos de reclusão em regime inicial fechado), em que o condenado possui residência e trabalho no exterior, o que justifica a restrição para garantir o cumprimento da lei penal, caso a condenação venha a ser mantida.

Dessa forma, inaceitável a tese de falta de fundamentação ou ilegalidade da condição imposta à condenada, ou seja, de não se ausentar do país, quando da permissão para recorrer em liberdade.

De igual modo, inexistente violação ao princípio constitucional da não-culpabilidade, pois segundo o STF: "A presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) é relativa ao Direito Penal, ou seja, a respectiva sanção somente pode ser aplicada após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Não alcança os institutos de Direito Processual, como a prisão preventiva (...)" (RT 686/388), bem como as condições impostas ao beneficiário da liberdade provisória.

Com essas considerações, deixo de acompanhar o voto proferido pelo Eminentíssimo Relator para, desacolhendo a manifestação da douta Procuradoria Geral, denegar a ordem impetrada, mantendo incólume a decisão atacada.

Daí o presente *mandamus*, no qual alega o impetrante que o magistrado, ao proibir a paciente de ausentar-se do país, sem demonstrar a necessidade da adoção de medida de interdição de direitos e sem indicar o fundamento legal para sua sustentação, incorreu em constrangimento ilegal.

Aduz que a paciente possui residência no Brasil e nos EUA, conforme consta da denúncia e, embora domiciliada há mais de 10 (dez) anos no exterior, veio ao Brasil sempre que convocada, participando das audiências regularmente. Argumenta que a paciente vive legalmente naquele país, com seus filhos, possuindo o *green card*.

Destaca que existe acordo de cooperação entre os dois países, o que afasta a necessidade de manutenção da medida cautelar.

Argumenta que a aplicação daquela medida, desacompanhada da devida fundamentação, contraria o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, além dos princípios constitucionais da não-culpabilidade, da reserva legal e do devido processo legal.

Conclui que não há como se conceder à paciente uma meia-liberdade, permitindo que ela recorra em liberdade, sem, contudo, ausentar-se do país, porque não existe previsão no ordenamento jurídico para a imposição de tal restrição.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para tornar sem efeito a proibição da paciente de ausentar-se deste país.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 133-134), sendo solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, as quais foram acostadas às fls. 138-155.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer de fls. 157-165, da lavra do Subprocurador-Geral Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, pela denegação da ordem.

Proferi despacho à fl. 169 solicitando informações complementares ao Tribunal estadual, trazidas às fls. 172-204. Noticiou-se que o apelo defensivo foi julgado e desprovido. Interpostos recursos especial e extraordinário restaram inadmitidos. Sobrevindo agravos de instrumento, pende o seu julgamento nesta Corte, tendo o Supremo Tribunal Federal negado provimento ao seu recurso em 19.9.2011, bem como ao agravo regimental na data de 8.11.2011, ocorrendo o trânsito em julgado do feito.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Inicialmente, cumpre ressaltar que estes autos foram a mim distribuídos por prevenção ao Ag n. 1.091.383-GO, interposto em benefício do corréu Willian Domingos da Silva, no qual o provimento foi negado em 21.10.2008.

Observa-se, ainda, nos assentamentos eletrônicos desta Corte, a interposição do Ag n. 1.314.145-GO, em prol do ora paciente, cujo julgamento encontra-se pendente. Passa-se, então, à análise da questão posta na presente impetração.

O objeto do presente *mandamus* cinge-se a tornar sem efeito a restrição de ausentar-se do País imposta a paciente.

Conforme outrora já me pronunciei, tenho que, para fins de limitação de direitos, ainda mais no seio do processo penal, iluminado pelo princípio da presunção de inocência, é imperioso o respeito à legalidade estrita.

Nesse diapasão, é inaceitável, numa perspectiva restritiva, falar-se em poder geral de cautela no processo penal, como ensina o Professor Titular da Faculdade de Direito da USP, Antonio Magalhães Gomes Filho:

(...) não se pode cogitar em matéria penal criminal de um “poder geral de cautela”, por meio do qual o juiz possa impor ao acusado restrições não expressamente previstas pelo legislador, como sucede no âmbito da jurisdição civil; tratando-se limitação da liberdade, é imprescindível a expressa permissão legal para tanto, pois o princípio da legalidade dos delitos e das penas não diz respeito apenas ao momento da cominação, mas à “legalidade da inteira repressão”, que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta. (*Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 57).

Em endosso, confira-se a lição do também Professor da USP, Gustavo Badaró:

No processo penal, mormente em tema de prisão processual, não existem medidas cautelares atípicas. (...)

Há, pois, um princípio da taxatividade das medidas cautelares pessoais, que implica admitir somente aquelas medidas previstas no ordenamento jurídico. (*Direito processual penal*. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 184)

Sobre o tema, vejam-se estes julgados de minha relatoria:

Processo Penal. *Habeas corpus*. Crimes contra a ordem tributária e contra a administração pública. Prisão preventiva revogada com determinação de afastamento do cargo. Art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992. Aplicação no processo penal. Inviabilidade. Poder geral de cautela no processo penal para fins restritivos. Inexistência.

1. É inviável, no seio do processo penal, determinar-se, quando da revogação da prisão preventiva, o afastamento do cargo disciplinando no art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992, previsto para casos de improbidade administrativa.

2. Não há falar, para fins restritivos, de poder geral de cautela no processo penal. Tal concepção esbarra nos princípios da legalidade e da presunção de inocência.

3. Ordem concedida para revogar a providência do art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992, determinada pelo Tribunal *a quo*, no seio da Ação Penal n. 2007.70.09.001531-6, da 1ª Vara Federal de de Ponta Grossa-PR.

(HC n. 128.599-PR, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 7.12.2010, DJe 17.12.2010).

Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Artigos 297, 299, 304, 342 e 288, todos do Código Penal. Prisão preventiva. Revogação do decreto pelo Tribunal de origem condicionada ao acautelamento das carteiras da OAB. Impossibilidade. Ordem concedida.

1. *Inexiste previsão legal sobre a possibilidade de revogação do cárcere provisório mediante a retenção de documentos.*

2. *In casu, determinado pelo Tribunal de origem, por ocasião da revogação da prisão preventiva decretada, o acautelamento das carteiras da Ordem dos Advogados do Brasil, pertencentes aos pacientes, configura-se em evidente constrangimento ilegal.*

3. Ordem concedida a fim de determinar que o Juízo da origem proceda a devolução das carteiras da Ordem dos Advogados do Brasil pertencentes aos pacientes.

(HC n. 135.183-RJ, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 9.11.2009).

Na jurisprudência desta Corte, não se desconhece a existência de entendimento diverso:

Penal e Processual Penal. Uso de documento falso. Pedido para ausentar-se do País. Impossibilidade.

- Depreende-se dos autos que a paciente vivia nos Estados Unidos há alguns anos. Tendo viajado para Portugal, não mais conseguiu regressar àquele país, por haver expirado o prazo do visto que lhe fora concedido pelo Consulado Americano. Após retornar ao Brasil, valendo-se de documentos falsificados, dirigiu-se à Superintendência da Polícia Federal, em Recife-PE, com o objetivo de obter um novo passaporte, ocasião em que foi presa em flagrante delito. Portanto, a acusada pretendia conseguir um novo documento de viagem - com identidade, certidão de nascimento e título eleitoral falsificados.

Registre-se que o passaporte verdadeiro da paciente estava em vigor, valendo até 7 de fevereiro de 2005 e que, após insistir na concessão de novo visto, junto ao Consulado Americano, este indeferiu o pedido (fls. 55), não restando esclarecido por qual motivo.

- Dessa forma, deduz-se que o fato da paciente buscar nova identidade foi conseqüência de proibição do seu ingresso em Território Americano. Destarte, o escopo último da paciente era a obtenção do visto, utilizando-se, para tanto, de passaporte falsificado. Não vejo como conceder o pedido.

- O delito praticado pela paciente - que em Juízo chegou a ser confessado, consoante os trechos transcritos do Auto de Interrogatório - foi meio para a consecução de um fim: obtenção de visto para viajar aos Estados Unidos. Ora, o retorno aos EUA foi o motivo do crime. Conforme precisamente salientado pelo

Ministério Público Federal, às fls. 46, “Seria extrema ingenuidade do poder público deferir o que pede a requerente pois se ficou tanto tempo sem vir ao Brasil, podemos presumir que uma vez processada - segue denúncia - teria ainda menos motivos para aqui voltar”.

- Ressalte-se, por oportuno, que, segundo informações prestadas pela autoridade apontada como coatora (fls. 76-77), *averiguou-se que a paciente reside nos EUA há 15 (quinze) anos, não se tratando de pedido apenas para viajar, mas de retornar para o local onde tem permanência fixa. Por óbvio, que tal circunstância prejudicaria sobremaneira a aplicação da lei penal e regular andamento da instrução criminal.*

- *Destarte, motivadamente, o v. acórdão guerreado chancelou a decisão monocrática indeferitória da pretensão da paciente de retornar aos Estados Unidos. Sendo assim, havendo fundadas razões para a negativa do pleito, impõe-se a denegação da ordem ora impetrada.*

- Ordem denegada.

(HC n. 20.741-PE, Rel. Ministro Jorge Scartezini, Quinta Turma, julgado em 16.5.2002, DJ 26.8.2002, p. 279).

Processual Penal. *Habeas corpus*. Tráfico interno de pessoas. Ré que permaneceu solta durante todo o processo. Inalterabilidade de sua situação com a superveniência da sentença condenatória. Ausência de vínculo com o país. Inexistência dos pressupostos para a prisão preventiva. Ofensa ao princípio da não-culpabilidade. Ordem concedida com a condição de assinatura de termo pela paciente, comprometendo-se a comparecer em juízo todas as vezes que for intimada a fazê-lo, sem a possibilidade de ausentar-se do país. Expedido alvará de soltura clausulado.

1. *Hipótese em que a paciente, embora brasileira, reside no exterior e responde a processo criminal no Brasil, tendo obtido da autoridade judicial a devolução de seu passaporte e o direito de ausentar-se do país. Com a superveniência da sentença condenatória, foi conduzida ao cárcere sob a alegação de que obstaculizaria a aplicação da lei penal, tão-somente porque não possui vínculo com o distrito da culpa.*

2. Havendo a paciente permanecido solta durante todo o processo, sem alteração fática que recomende a prisão cautelar, assim deve permanecer durante o eventual processamento de recursos. Precedentes do STF e do STJ.

3. Salvo a prisão em flagrante delito, qualquer outra modalidade de prisão cautelar deve ser motivada com base nos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, sob pena de antecipação da sanção penal, o que afronta diretamente o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

4. *Ordem concedida à paciente, com a condição de assinatura de termo, em que fica obrigada a comparecer em juízo todas as vezes em que for intimada a fazê-lo, sem a possibilidade de se ausentar do país. Expedido alvará de soltura clausulado.*

(HC n. 102.859-PE, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Sexta Turma, julgado em 1º.7.2008, DJe 12.8.2008).

Habeas corpus. Crime doloso contra a vida. Pedido de desaforamento. Julgamento realizado perante o Tribunal do Júri. Pedido julgado prejudicado pelo Tribunal *a quo*. Ordem denegada.

1. O pedido de desaforamento não possui efeito suspensivo, admitindo-se, em caráter excepcional, a atribuição desse efeito, com base no poder geral de cautela.

2. Realizado o julgamento do paciente perante o Tribunal do Júri, não merece reparo acórdão que julga prejudicado pedido de desaforamento, em virtude da perda do seu objeto.

3. Ordem denegada.

(HC n. 57.368-MS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 3.8.2006, DJ 4.9.2006, p. 313).

Destaque-se, ainda, a seguinte manifestação do Supremo Tribunal Federal:

Processual Penal. Imposição de condições judiciais (alternativas à prisão processual). Possibilidade. Poder geral de cautela. Ponderação de interesses. Art. 798, CPC; art. 3º, CPC.

1. A questão jurídica debatida neste *habeas corpus* consiste na possibilidade (ou não) da imposição de condições ao paciente com a revogação da decisão que decretou sua prisão preventiva.

2. Houve a observância dos princípios e regras constitucionais aplicáveis à matéria na decisão que condicionou a revogação do decreto prisional ao cumprimento de certas condições judiciais.

3. Não há direito absoluto à liberdade de ir e vir (CF, art. 5º, XV) e, portanto, existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto.

4. *A medida adotada na decisão impugnada tem clara natureza acautelatória, inserindo-se no poder geral de cautela (CPC, art. 798; CPP, art. 3º).*

5. *As condições impostas não maculam o princípio constitucional da não-culpabilidade, como também não o fazem as prisões cautelares (ou processuais).*

6. *Cuida-se de medida adotada com base no poder geral de cautela, perfeitamente inserido no Direito brasileiro, não havendo violação ao princípio da independência dos poderes (CF, art. 2º), tampouco malferimento à regra de competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I).*

7. Ordem denegada.

(HC n. 94.147-RJ; Relator(a): Min. Ellen Gracie; Julgamento: 27.5.2008; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação DJe-107. DIVULG 12.6.2008 PUBLIC 13.6.2008).

Continuo a crer que, para se restringir o direito do indivíduo, necessária se faz a normatização da eventual medida, não cabendo ao julgador, com espeque no poder geral de cautela, cominá-la ao seu talante.

De se notar que recentemente procedeu-se a publicação de lei sobre a matéria em voga. Com efeito, na Lei n. 12.403/2011 - DOU 5.5.2011 - elencou-se algumas medidas cautelares pessoais passíveis de aplicação pelo magistrado; dentre as quais, a proibição de ausentar-se do País, com a retenção do passaporte, *verbis*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

(...)

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

A alteração no ordenamento jurídico decorreu da necessidade de se vincular o acusado aos atos processuais e ao cumprimento de eventual pena, sem submetê-lo ao cárcere.

No caso em apreço, não se determinou a entrega do passaporte, apenas a inviabilidade da acusada e do corréu de ausentarem-se do País, oficiando-se às autoridades competentes (fl. 57).

Ao que se me afigura, a condição imposta para a liberdade decorre do termo de compromisso aceito pela ora paciente, no qual se compromete a

comparecer a todos os atos processuais - artigo 310 do Código de Processo Penal (anterior *caput* e atual parágrafo único) -; estando a medida aplicada em consonância com o ordenamento jurídico vigente à época.

Ademais, o artigo 328 do Estatuto Processual Repressivo - cuja redação permaneceu inalterada com o advento da Lei n. 12.403/2011- estabelece a proibição de afastar-se do distrito da culpa para os delitos afiançáveis. Ora, se assim o é para tais, com mais propriedade deve ser imposto para os crimes inafiançáveis.

Nesse aspecto, trago à baila trecho do parecer ministerial:

(...)

12. A juíza, de tão generosa, privou a paciente apenas de deixar o país, permitindo seu livre trânsito por todo o território nacional, quando poderia ter restringido sua locomoção à comarca onde reside atualmente, como se infere, analogicamente, do art. 328 do CPP, destinado a crimes afiançáveis, isto é, menos graves do que o homicídio triplamente qualificado de que tratam os autos, relacionado a rituais religiosos, na melhor das hipóteses:

Art. 328. O réu afiançado não poderá, sob pena de quebraimento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

13. Conclui-se, pois, que, se, por um lado, a liberdade provisória permite ao réu responder solto ao processo, por outro, sujeita-o, dependendo do caso concreto e a critério do magistrado, a certas condições que prescindem de fundamentação explícita - como por exemplo o compromisso de comparecer a todos os atos processuais.

(...)

Vejam-se, ainda, estes precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Apropriação indébita de contribuição previdenciária, quadrilha, falsidade ideológica e sonegação fiscal. Organização criminosa. Prisão preventiva. Fundamentação. Matéria não apreciada na impetração originária. Supressão de instância. Não-conhecimento. Liberdade provisória concedida pelo Tribunal *a quo*, mediante fiança e condições. Excesso de cautela. Constrangimento ilegal. Excesso de prazo. Autos conclusos para sentença. Súmula n. 52 do Superior Tribunal de Justiça. Recurso parcialmente conhecido e provido.

1. A Corte *a quo* não conheceu do *habeas corpus* originário, no tocante à legalidade da custódia cautelar, tendo em vista que a matéria já teria sido objeto de análise quando da impetração de outro *writ* na origem. Contudo, mencionada impetração foi extinta sem julgamento do mérito em atendimento à pedido do próprio Impetrante.

2. A instância inferior deixou de se manifestar sobre a legalidade da constrição cautelar decretada em desfavor do Recorrente, enquanto o recurso ordinário está completamente dissociado dos fundamentos utilizados pelo acórdão recorrido para não conhecer da ordem, o que impede a análise da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça na via recursal.

3. *Embora a imposição de condições para a concessão do benefício da liberdade provisória não ofenda os princípios da presunção de inocência e da reserva legal, deve-se observar certa razoabilidade ao determinar restrições ao direito de ir e vir do réu em processo penal.*

4. Não há que se falar em constrangimento ilegal por excesso de prazo quando o réu se encontra em liberdade. Ademais, o presente feito se encontra concluso para sentença, encerrado, assim, o sumário de culpa. Aplicação do Enunciado da Súmula n. 52 desta Corte Superior.

5. *Recurso ordinário parcialmente conhecido e provido para afastar as exigências anteriormente impostas ao Recorrente, estabelecendo como novas condições o comparecimento a todos os atos do processo e não mudar de residência ou se ausentar do distrito da culpa, sem prévia permissão do Juízo processante.*

(RHC n. 24.618-SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 16.12.2010, DJe 7.2.2011).

Habeas corpus. Execução penal. Livramento condicional. Revogação. Alegação de impossibilidade de comparecimento. Improcedência. Falta de intimação para oitiva prévia do apenado. Constrangimento ilegal. Ordem de ofício.

1. *Não há como acolher a tese da Defesa de que o paciente deixou de comparecer em juízo porque precisou mudar-se de cidade para trabalhar. Cabia ao apenado obedecer as condições acatadas no termo de livramento condicional.*

2. A revogação do livramento condicional, sem a prévia oitiva do reeducando, constitui ofensa às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, corolários do devido processo legal, devendo ser concedida a ordem de ofício.

3. Ordem denegada. *Habeas corpus* concedido de ofício para cassar a decisão que revogou o livramento condicional, devendo o magistrado da execução proceder à intimação do sentenciado para justificar o descumprimento das condições do aludido benefício, recolhendo o mandado de prisão expedido, ou adotar outras providências que entender pertinentes.

(HC n. 101.618-RJ, de minha relatoria Sexta Turma, julgado em 31.5.2011, DJe 15.6.2011).

Verifica-se, pois, que a medida constritiva imposta encontra-se adequada a espécie.

Ante o exposto, *denego* a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 156.490-MS (2009/0240717-2)

Relatora: Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE)

Impetrante: Leila Maria Mendes Silva

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3a Região

Paciente: José Manoel Palhano de La Puente

EMENTA

Habeas corpus. Concussão. Pena-base acima do mínimo legal. Fundamentação. Art. 59 do CP. Inexistência de ilegalidade. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Não cabimento.

1. É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

2. Na espécie, não se vislumbra a existência de constrangimento ilegal a ser sanado na via estreita do *writ*, porquanto a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal de maneira fundamentada e com lastro em elementos idôneos.

3. A pena privativa de liberdade não pode ser substituída por restritivas de direitos quando não preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos previstos no art. 44 do Código Penal. Na espécie, a pena corporal foi fixada acima de quatro anos, em face da culpabilidade, da

personalidade do agente e das circunstâncias do crime, inexistindo ilegalidade a ser reparada.

4. A pena de multa não pode ser reduzida, visto que aplicada dentro dos limites legais.

5. Ordem negada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 19 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE), Relatora

DJe 27.6.2012

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar, impetrado em favor de *José Manoel Palhano de La Puente*, em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 3a. Região (e-STJ fls. 152) que negou provimento à apelação, onde o apelante objetivava a sua absolvição por falta de provas e, subsidiariamente, a fixação da pena-base no mínimo legal ao argumento de que foi aplicada de forma exacerbada, bem como a redução da pena de multa e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Interpuseram também recursos apelatórios os demais corréus e o Ministério Público Federal. O e. Tribunal Regional Federal da 3a. Região deu parcial provimento ao apelo do *parquet* para majorar a pena aplicada a *José Manoel Palhano de La Puente* para 5 anos de reclusão e 150 dias-multa pela prática do crime de concussão tipificado no art. 316 do CP, tendo sido mantido o regime inicial semi-aberto (e-STJ fls. 151).

Opostos embargos de declaração pelo ora paciente, sustentando que o acórdão valorou equivocadamente a circunstância judicial relativa aos seus antecedentes, bem como requerendo o efeito modificativo do julgado, com a redução da pena-base e a consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, foram rejeitados pelo e. Tribunal Regional Federal da 3a. Região (e-STJ fls. 160-166).

Inconformado, impetrou este *writ*, pugnando pela redução da pena-base ao mínimo legal, bem como pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (e-STJ fls. 2-25).

As informações foram dispensadas e a liminar indeferida (e-STJ fls. 194-195).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, na pessoa do Dr. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, opinou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 197-200).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE) (Relatora): Os pedidos de redução da pena base ao mínimo legal, bem como de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não merecem deferimento, uma vez que já foram devidamente analisados e decididos de forma fundamentada em instância inferior.

O acórdão hostilizado está assim ementado:

Penal. Processual Penal. Apelação criminal. Preliminares rejeitadas. Nulidade. Inocorrência. Ausência de prejuízo. Violação de sigilo funcional. Art. 325, CP. Prescrição. Concussão. Art. 316, "caput", CP. Policiais federais. Materialidade e autoria comprovadas. Gravação ambiental. Ausência de ilicitude da prova. Particular. Co-autoria. Possibilidade. Crime formal. Apelação dos réus - policiais federais - parcialmente provida. Recurso do réu - particular - a que se nega provimento. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. *Pena-base majorada. Apelo do Ministério Público parcialmente provido.*

1. Não se há de falar em nulidade da sentença, pois a tese defensiva de crime impossível, sustentada em alegações finais, foi adequadamente apreciada pelo MM. Juízo "a quo".

2. Ausente cerceamento de defesa, vez que os réus e/ou defensores foram pessoalmente intimados do aditamento da denúncia. De toda sorte, no presente

caso, a peça acusatória foi aditada tão-somente para incluir uma testemunha, em nada alterando os fatos descritos na denúncia, sendo desnecessário, portanto, novo interrogatório dos réus. Ademais, observa-se que tal testemunha foi indicada pela própria defesa, não havendo razão para se indagar, aos réus, se conhecem referida testemunha e se têm o que alegar contra esta (art. 187, V, CPP).

3. Ausente nulidade e, tampouco, motivo para se retirarem dos autos as fotografias juntadas sem os respectivos negativos, cabendo ao magistrado, no momento da sentença, emprestar-lhes maior ou menor valor probante.

4. Na sentença, o MM. Juízo “*a quo*” analisou as provas produzidas na fase inquisitorial em consonância com os depoimentos das testemunhas ouvidas em Juízo, concluindo que, diante do conjunto probatório, a ação deveria ser julgada procedente para condenar os réus nos termos da denúncia. Assim, a condenação não se baseou exclusivamente na prova documental e pericial colhida na investigação.

5. Não há qualquer impedimento para a oitiva, como testemunha, de pessoa que não atuou como advogado de nenhum dos réus no processo, tendo apenas acompanhado o depoimento de terceiros durante a fase de investigação. Testemunha que, aliás, limitou-se a reportar o que os ouviu dizer naquela oportunidade, reforçando a credibilidade dos depoimentos que presenciou quanto ao fato da declaração e da livre disposição de declarar, não quanto ao conteúdo declarado.

6. Extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva quanto ao delito previsto no artigo 325, do Código Penal. Apelação dos réus - policiais federais - parcialmente provida.

7. Materialidade e autoria do crime descrito no artigo 316, “*caput*”, do Código Penal, demonstradas pelas provas testemunhal, documental e pericial.

8. Ausente ilicitude na prova produzida, pois, diferentemente da interceptação telefônica, a gravação ambiental prescinde de autorização judicial, podendo ser realizada por um dos interlocutores presente ao ambiente registrado pela gravação. Ademais, ainda que existam interrupções nas fitas cassetes, sem montagem, a gravação é somente mais um elemento de prova, sendo valorada de maneira sistemática com os demais coligidos aos autos.

10. A conduta do particular, além de possuir adequação típica, foi de fundamental importância para a consecução do delito, não se resumindo a uma mera participação. É inegável a sua co-autoria, não só porque foi o intermediário das “negociações”, agendando os encontros, mas principalmente porque também exigiu vantagem indevida para os Agentes da Polícia Federal, atuando com intimidação e alertando sobre eventuais represálias em caso de resistência da vítima.

11. Embora a concussão seja crime próprio de funcionário público, essa a qualidade se comunica ao co-autor, que tinha plena representação mental desse fato, por configurar elemento do tipo penal (art. 30, CP).

12. O crime de concussão está inserido no Título XI, do Código Penal, que trata dos crimes contra a Administração Pública. O bem jurídico protegido, portanto, não é o patrimônio, mas a atividade funcional estatal que, sem dúvida, foi violada no caso dos autos. Além disso, a vantagem exigida não precisa ser necessariamente de cunho econômico e, por ser um crime formal, não exige um resultado naturalístico para a sua consumação: o efetivo auferimento da vantagem pelo agente é mero exaurimento do delito.

13. *Recurso dos réus a que se nega provimento.*

14. *As circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, são fortemente desfavoráveis aos réus, razão pela qual as penas-base devem ser majoradas. Apelo do Ministério Público Federal parcialmente provido.*

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *negar provimento à apelação do réu José Manoel Palhano de La Puente*, dar parcial provimento ao recurso dos réus Arlindo Pereira da Silva e Pedro Américo Locatel Araújo para extinguir a punibilidade pela prática do delito previsto no artigo 325, do Código Penal, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, nos termos dos artigos 107, IV e 109, V, ambos do Código Penal e, *dar parcial provimento ao apelo do Ministério Público Federal para majorar as penas aplicadas aos réus pela prática do crime descrito no artigo 316, caput, do Código Penal, para 06 (seis) anos de reclusão e 250 (duzentos e cinqüenta) dias-multa para o réu Arlindo Pereira da Silva, 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa para o réu Pedro Américo Locatel Araújo e 05 (cinco) anos de reclusão e 150 (cento e cinqüenta) dias-multa para o réu José Manoel Palhano de La Puente, mantido o valor unitário de cada dia-multa e o regime inicial semi-aberto de cumprimento de pena*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de julho de 2009.

Henrique Herkenhoff

Desembargador Federal

Com efeito, consta dos autos que o Juízo monocrático fixou a pena base em 3 anos de reclusão, *in verbis* (e-STJ fls. 35-107):

(...) No exame da culpabilidade, considerada esta como juízo de reprovação que recai sobre o autor de um fato típico e ilícito, verifico que, em relação ao Réu *José Manoel*, esta extrapolou os lindes normais do tipo. Isso porque, em conluio com os Réus *Arlindo* e *Locatel*, utilizando-se de informações obtidas do Núcleo de Inteligência da Polícia Federal, objetivou mercantilizar tais informações mediante achaque praticado em relação à vítima *Hyran*. Anoto que

o Réu foi fundamental à intermediação das negociações com a vítima e que por várias vezes manteve contato com esta no intuito de obter a vantagem patrimonial indevida, razão pela qual sua culpabilidade deve ser negatizada. É primário e seus antecedentes não são maculados. Não há elementos a respeito de sua conduta social e personalidade. As circunstâncias que envolveram a prática do delito de concussão não desbordam daquelas que são próprias ao tipo penal. As consequências do delito foram nefastas aos fins da Operação que se realizou. Com efeito, os objetivos da Operação, notadamente em relação às diligências na fazenda de Hyran, foram totalmente frustrados, com evidente prejuízo à Administração, consoante informado pelas testemunhas em juízo. O motivo foi a busca de acréscimo patrimonial à custa da mercancia de informações sigilosas. Por fim, o sujeito passivo é o Estado, que nada colaborou para a prática delitiva.

Dessa forma, restando negatizadas as circunstâncias judiciais, notadamente a culpabilidade e as consequências do crime, considero como necessária e suficiente à prevenção e repressão do crime concussão levado a cabo pelo Réu, a fixação da pena base um pouco acima do mínimo legal. Assim, fixo a pena-base em 3 (três anos de reclusão e ao pagamento de multa no importe de 100 (cem) dias-multa, a qual torno definitiva, à míngua de circunstâncias agravantes e atenuantes e de causas de aumento e diminuição de pena. (...)

Por sua vez, extrai-se do voto do e. Relator, acatado à unanimidade, o seguinte excerto (e-STJ fls. 151):

(...) A sua culpabilidade também é acentuada. De posse de informações sigilosas sobre a Operação Delta, as quais os demais réus tiveram acesso em razão do cargo, agendou os encontros com Hyran e Rubens. *A importância dessas informações possibilitou a exigência de elevada quantia em dinheiro (cinquenta mil dolares).* A qualidade de Agentes da Polícia Federal dos réus Arlindo e Pedro favoreceu a intimidação de Hyran, também efetuada pelo réu José Manoel.

(...)

As circunstâncias do crime (insucesso da busca e apreensão realizada na Fazenda Tereré, de propriedade de Hyran) foram gravíssimas. Tendo em vista a investigação prévia realizada pela Polícia Federal e pelo Exército, havia a expectativa, por parte dos integrantes da operação Delta, de ser encontrada grande quantidade de drogas e armas (depoimento dos Delegados e Agentes da Polícia Federal, já mencionados). Contudo, apenas foram encontradas mercadorias de procedência estrangeira sem a documentação legal (fl. 14). Ademais, em conluio com os réus Arlindo e Pedro, também colocou em risco a vida dos integrantes da Operação Delta, pois poderia ter ocasionado um embate entre estes e os seguranças da Fazenda que, conforme, depoimento da testemunha d acusação Armando Parede (fls. 779-781), acima transcrito, estavam fortemente armados. E, ainda, causou

o desprestígio da Polícia Federal e a insegurança dos membros da Instituição quanto ao futuro vazamento de informações, obrigando-os a crescentes cautelas com o segredo nas operações, o que as torna mais difíceis de organizar e realizar.

Desta forma, para a repressão e a prevenção do crime, a pena base deve ser fixada em 05 (cinco) anos de reclusão e 150 (cento e cinqüenta) dias-multa, tornada definitiva tendo em vista a ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, causas de aumento ou diminuição da pena, mantido o valor unitário de cada dia-multa.

Verifica-se que a motivação adotada pelo Tribunal *a quo* para fixar a pena-base acima do mínimo legal mostra-se adequada e suficiente.

A culpabilidade, a personalidade e as circunstâncias do crime justificam a elevação da pena em patamar superior ao mínimo legal. O paciente se valeu de informações sigilosas sobre a Operação Delta para exigir elevada quantia em dinheiro contando com a participação direta de agentes da Polícia Federal na negociação.

Outrossim, o crime conduziu à frustração dos objetivos da polícia federal que buscava desarticular o tráfico de drogas e armas na região.

Não há óbice em fixar a pena base acima do mínimo legal se as circunstâncias judiciais se mostram desfavoráveis. A propósito, colhem-se recentes precedentes deste Superior Tribunal de Justiça:

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Dosimetria. Pena-base. Redução. Inviabilidade. Fixação acima do mínimo legal. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Grande quantidade de droga. Inexistência de flagrante ilegalidade. Ordem denegada.

1. *A motivação adotada pelo Tribunal a quo para fixar a pena-base acima do mínimo legal mostra-se adequada e suficiente. Foram indicados elementos concretos que demonstram serem desfavoráveis das circunstâncias do crime, ressaltada a grande quantidade de entorpecentes apreendida (96 papelotes de cocaína).*

2. Em consequência, não se mostra possível a alteração do regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto, tendo-se presente que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal e a pena imposta é de 8 (oito) anos.

3. *Habeas corpus* denegado.

(HC n. 124.554-MS, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 22.8.2011, DJe 31.8.2011).

Habeas corpus. Tentativa de roubo circunstanciado. Pena-base acima do mínimo legal. Fundamentação. Art. 59 do CP. Inexistência de ilegalidade. Presença da

atenuante da confissão espontânea. Preponderância da reincidência. Necessidade de compensação. Regime fechado. Cabimento.

1. *É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.*

2. *Na espécie, não se vislumbra a existência de constrangimento ilegal a ser sanado na via estreita do writ, porquanto a pena-base fora estabelecida acima do mínimo legal de maneira fundamentada e com lastro em elementos idôneos.*

3. Na linha da orientação perfilhada pela Sexta Turma desta Corte, é possível a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, pois ambas guardam relação com a personalidade do agente.

4. Na espécie, embora reconhecida a atenuante da confissão espontânea, a instância precedente entendeu pela preponderância da agravante genérica da reincidência, motivo pelo qual deixou de compensá-las, divergindo do que vem decidindo esta Sexta Turma.

5. A teor do Enunciado n. 269 da Súmula deste Tribunal, "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

6. Na espécie, embora a pena corporal seja inferior a quatro anos, milita contra o paciente a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, as quais serviram inclusive para elevar a pena-base acima do mínimo legal, justificando a imposição de regime prisional mais gravoso.

7. Ordem parcialmente concedida.

(HC n. 234.703-RJ, Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, Data do Julgamento 22.3.2012, DJe 11.4.2012).

No que concerne à substituição da pena corporal por restritiva de direitos, o pedido também não merece prosperar. No caso vertente, o paciente não atende aos requisitos objetivos e subjetivos exigidos pelo art. 44 do CP, uma vez que foi condenado a pena superior a quatro anos e a culpabilidade e as circunstâncias não indicam que essa substituição seja suficiente à reprovação do crime.

Com relação à redução da pena de multa, melhor sorte não socorre ao paciente, visto que aplicada dentro dos limites legais.

Isso posto, não havendo ilegalidade a ser reparada por essa via mandamental, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 168.610-BA (2010/0063754-4)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Impetrante: Juscelino Lemos Santos Júnior

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Paciente: Lawrence Allen Stanley

Advogado: Juscelino Lemos Santos Júnior

EMENTA

Habeas corpus. Publicação de cena pornográfica envolvendo criança e adolescente (art. 241 do ECA). Conduta praticada antes da redação dada pelas Leis n. 10.764/2003 e n. 11.829/2008, que alteraram o dispositivo. Configuração do crime. Convicção amparada em amplo contexto probatório. Perícias realizadas em sites em que as fotos foram publicadas. Reexame de provas. Impossibilidade. Conceito de pornografia infantil. Inexistência. Incumbência do intérprete da norma. Pleitos de fixação da pena-base no mínimo legal e de regime inicial aberto de cumprimento da pena. Debate dos temas pela Corte de origem. Ausência. Supressão de instância. Conhecimento. Impossibilidade.

1. O magistrado singular baseou-se em amplo conjunto fático-probatório decorrente de perícias realizadas nos sítios eletrônicos em que as fotos de crianças e adolescentes foram publicadas para se convencer de que a conduta atribuída ao paciente configura o crime previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, na figura “publicar cena pornográfica envolvendo criança ou adolescente”, antes da redação dada pelas Leis n. 10.764/2003 e n. 11.829/2008.

2. Alcançar conclusão diversa, no sentido de que as imagens publicadas, da forma como o foram, não configuram o crime importaria no reexame fático-probatório dos autos, providência inviável na via estreita do *habeas corpus*.

3. Inexiste no ordenamento jurídico norma penal não incriminadora explicativa que esclareça o conceito de pornografia infantil ou infanto-juvenil, razão pela qual a previsão contida no

art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, antes da redação dada pelas Leis n. 10.764/2003 e n. 11.829/2008, não se limita à criminalização somente da conduta de publicar fotos de crianças e adolescentes totalmente despidas. Cabe ao intérprete da lei, buscando a melhor aplicação da norma ali contida, diante do caso concreto, analisar se a conduta praticada pelo paciente se amolda à prevista no dispositivo em questão, de modo que nada impede que se analise, além das fotos, isoladamente, o contexto em que elas estão inseridas (publicadas).

4. Deve o magistrado se valer dos meios de interpretação colocados à sua disposição para adequar condutas, preencher conceitos abertos e, por fim, buscar a melhor aplicação da norma de acordo com a finalidade do diploma em que ela está inserida, que, no caso dos autos, é a proteção da criança e do adolescente em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (art. 6º do ECA).

5. Dos documentos constantes dos autos, observa-se que foram publicadas na *internet* fotos de crianças e adolescentes seminuas, algumas de roupas de banho, outras mostrando partes do corpo e outras em poses relativamente sensuais, situação que reforça a impossibilidade de mudança do convencimento a respeito da conduta imputada ao paciente.

6. Evidenciado que o Tribunal de origem não se manifestou a respeito dos pleitos de fixação da pena-base no mínimo legal e de imposição do regime inicial semiaberto de cumprimento da pena, torna-se inviável o conhecimento originário dos temas por esta Corte Superior de Justiça, por configurar indevida supressão de instância.

7. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, 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, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Brasília (DF), 19 de abril de 2012 (data do julgamento).
Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 10.5.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de *Lawrence Allen Stanley*, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Narram os autos que o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia condenou o paciente, como incurso no art. 241, *caput*, da Lei n. 8.069/1990, às penas de 2 anos e 8 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 26 dias-multa (fls. 14-39 – Autos n. 2002.16034-7).

Inconformada, a defesa interpôs apelação criminal na colenda Corte de origem, que negou provimento ao recurso, mantendo a condenação imposta ao sentenciado (fls. 97-115):

Penal. Pedofilia ou pedosexualidade. Reprodução fotográfica. Fotografar ou publicar fotos de crianças e adolescentes em pose eróticas. Inserção em rede BBS/*internet* de computadores. Crime. Art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente com a redação ditada pela Lei n. 10.764, de 2003. Crime de ação múltipla.

1. A pedofilia, ou pedosexualidade, é um transtorno da preferência sexual, sendo definido como a preferência por criança (pessoa com até 12 anos de idade) ou por adolescente (pessoa entre 12 e 18 anos de idade) - art. 1º do Estado da Criança e do Adolescente. Pelo Código Internacional de Doenças da Décima Conferência de Genebra é a pedofilia um transtorno mental (CID-10, F65.4), o que não significa que o acusado seja doente mental ou tenha o desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

2. Aquele que fotografa ou publica (ação múltipla), em rede BBS (*Bulletin Board System*) ou *internet* (rede de redes que se comunicam através do protocolo TCP/IP), crianças ou adolescentes em poses eróticas, comete o crime previsto no art. 241 da Lei n. 8.069, de 10 de julho de 1990, com a redação ditada pelo art. 4º da Lei n. 10.764, de 12 de novembro de 2003 (crime de ação múltipla).

3. A objetividade do crime de fotografar ou publicar crianças ou adolescentes em poses eróticas - art. 241 do ECA - é o respeito à imagem, à liberdade sexual e ao domínio do corpo da criança e do adolescente.

4. Criança é a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos; adolescente é aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade - art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Pessoas que ainda estão em condição de desenvolvimento.

5. A consumação na modalidade fotografar ocorre com o simples fato de fotografar cena erótica envolvendo criança ou adolescente. Não se exige que alguém tenha acesso à fotografia, basta fotografar. Na ação de publicar é necessário que a fotografia seja vista, ainda que por uma só pessoa. A publicação pode dar-se por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou *internet*. Aquele que publica as fotos pode não ser o mesmo que fotografou.

Aqui, o impetrante alega constrangimento ilegal consistente na manutenção da condenação do paciente, bem como na fixação da pena-base acima do mínimo legal e na imposição do regime inicial semiaberto de cumprimento da pena. Sustenta a atipicidade da conduta imputada ao acusado, sob o fundamento de que a conduta atribuída pelas instâncias ordinárias não se amolda ao tipo penal previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que, antes da edição da Lei n. 10.764/2003, para a configuração do crime previsto no referido dispositivo, seria necessário fotografia contendo sexo explícito ou pornografia envolvendo criança ou adolescente, o que no caso dos autos não ocorreu. Aduz que afirmar que as fotos tiradas pelo sentenciado possuem “contexto pedófilo” configura uma ampliação do tipo penal que ofende a legalidade estrita.

Alega o impetrante, ainda, ausência de fundamentação na fixação da pena-base, que deve ser fixada no mínimo legal, e ilegalidade consistente na fixação do regime inicial semiaberto de cumprimento da pena, o qual deverá observar o art. 33, § 2º, c, do Código Penal, e não a gravidade abstrata do crime.

Postula, então, o deferimento de medida liminar para que seja assegurado ao paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento do mérito do presente *writ*.

No mérito, requer a concessão da ordem, a fim de que seja declarada a absolvição do paciente ou, alternativamente, sejam fixados a pena-base no mínimo legal e o regime inicial aberto de cumprimento da pena.

A liminar foi indeferida pelo eminente Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), em 26.4.2010 (fl. 279).

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento parcial e, na parte conhecida, pela denegação da ordem (fls. 286-291):

Habeas corpus. Trancamento da ação penal por ausência de justa causa. Exame fático-probatório incompatível com a via eleita. Mudança de regime prisional e fixação de regime aberto. Matérias não analisadas pelo Tribunal *a quo*.

1 - O trancamento da ação penal por ausência de justa causa é admissível apenas em situações excepcionais, nos casos em que a conduta é veemente atípica ou quem que não há a menor plausibilidade na autoria apontada.

2. As questões referentes a alteração de regime e fixação de regime aberto não foram objeto de análise pela Corte *a quo*, o que impede sejam, desde logo, analisadas por esse Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância.

Parecer pelo *conhecimento parcial* da ordem e, nesse passo, por sua *denegação*.

O impetrante pediu a reconsideração da decisão indeferitória do pedido liminar (fls. 331-332).

Em 13.3.2012, o Ministro Presidente Ari Pargendler determinou a redistribuição dos autos (fl. 334), que foram recebidos em meu gabinete em 16.3.2012.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): A insurgência principal deste *writ* consiste em considerar, ou não, as fotos publicadas pelo paciente em sítio eletrônico de sua propriedade como o crime previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, antes da redação dada pela Lei n. 10.764/2003, uma vez que o impetrante alega ter sido dada uma espécie de interpretação extensiva ao dispositivo ao se considerar que as fotos, conforme tiradas, configuram pornografia, porquanto não possuem, segundo o impetrante, conotação sexual, não configurando, portanto, o crime em apreço.

À época da prática do crime (2002), o art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente possuía a seguinte redação:

Art. 241. Fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena - reclusão de um a quatro anos.

Em sentença prolatada em 25.7.2003, o magistrado singular assim fundamentou a adequação da conduta atribuída ao paciente à prevista no citado dispositivo (fls. 20-27):

[...]

Sistematizando o raciocínio desenvolvido, analisarei a subsunção, ou não, da conduta denunciada em cada um dos núcleos previstos.

Fotografar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.

Embora assumida pela defesa, em seu arazoado final, como da autoria do denunciado, apenas, as fotografias de fls. 163-164, a leitura conjunta dos autos - seus testemunhos e laudos - com anexo apenso I, demonstram que dita autoria pode ser estendida, pelo menos, aquelas outras fotos de fls. 112, 113, 345, 347.

Cumpre, pois, verificar o enquadramento daquele material dentro do adjetivo conceitual previsto no tipo *sub examem*.

Deste modo é que, analisando individualmente, ditas fotografias, certo o fato de não retratarem qualquer cena de sexo explícito.

Do mesmo modo, se consideradas individualmente e, no âmbito familiar, em princípio, não se adequariam aquelas à qualificação pornográfica.

Entretanto, e aí vamos adentrar na seara prevista no segundo núcleo do tipo penal em comento - *publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente* -, quando inseridas em um contexto claramente sexual, o material fotográfico em comento pode assumir outro formato.

No caso concreto, restou demonstrado pelo Laudo de Exame em Local de Internet (fls. 79-85), fartamente instruído com o material de fls. 86-233, ser esta a hipótese dos autos.

Senão vejamos.

Foi solicitada a realização da perícia supracitada, em princípio, nos sites www.alessandrasmile.com. e www.minimodels.org, sendo o acusado proprietário deste último, conforme por ele mesmo declarado em interrogatório.

Embora aquele segundo site estivesse “fora do ar” no momento dos exames, a perícia realizada naqueloutro [alessandrasmile.com](http://www.alessandrasmile.com) - que por inúmeras vezes remete seu visitante para aqueloutro site acionado -, revelou-se esclarecedora, na medida em que firmado pelos peritos que *seu conteúdo sugeria “pedofilia, disponibilizando imagens, oferecendo produtos (livros, CD, DVD, etc) e permitindo conexões com outras páginas da internet, algumas das quais com cenas de sexo explícito, envolvendo, aparentemente, crianças e/ou adolescentes”*.

Imediatamente adiante, continua aquele laudo:

O site <http://minimodels.org>, no momento dos exames estava fora com suas informações e conteúdo indisponíveis (“fora do ar”). No entanto, muitas de suas propagandas (em formato de banners), que sugerem a presença de crianças brasileiras, encontram-se inseridas em páginas com chamadas de forte apelo erótico, pornográfico e pedófilo. (fls. 84).

Cotejando a documentação anexa ao referido laudo, não se pode olvidar da sua propriedade quando nos deparamos com a impressão da página “portal” do site *alessandrasmile.com*, bem como das páginas eletrônicas pertencentes aos vários outros sites que têm seus atalhos (links) ali enxertados.

Nesse contexto, *não há como se negar a assunção de um caráter sexual às fotografias analisadas no início da fundamentação deste decisum, quando se percebe estarem inseridas no meio de chamadas para sites de cunho explicitamente pedófilos/sexuais (v. 91-101).*

Frise-se que tal conclusão, lógica, advém de uma análise em conjunto do panorama em que se encontram aludidas fotografias, não havendo aí qualquer interpretação extensiva da norma penal em epígrafe - art. 241 do ECA, conforme faz crer o combativo defensor do acusado em suas razões finais.

Aliás, não deve e nem pode o julgador restringir-se a interpretar a letra fria da Lei, ao contrário, o ofício de julgar requer que se extraia naquele ato o significado e a extensão da norma em relação à realidade - conforme distende o Prof^o Damásio de Jesus em sua obra *Direito Penal, Parte Geral*, Ed. Saraiva, Parte Geral, 1^o volume, 15^a edição, completando a seguir:[...]

Incontesti o fato de que no contexto em que inseridas, as multi citadas fotografias - à luz dos ensinamentos supra invocados -, possuem conotação pornográfica na medida em que exploram o lado sexual das crianças ali retratadas, quando vistas em meio a textos e imagens ligadas a pedofilia.

[...]

O Tribunal de origem, por sua vez, assim consignou (fls. 106-112):

[...]

3. Da existência de contradição entre a motivação e parte dispositiva da sentença

Alega o apelante existir contradição entre o dispositivo e a motivação na sentença.

Não entendo assim. Ao fundamentar seu *decisum* o magistrado *a quo* disse que (fls. 960-968):

[...]

No dispositivo o Juiz *a quo*, em consonância com o as razões expendidas na fundamentação, condenou o apelante nas sanções do art. 241 da Lei n. 8.069/1990. Tudo dentro de uma linha lógica e coerente, razão pela qual não se pode falar em contradição.

E como bem disse a ilustre Procuradora Regional da República, Maria Célia Mendonça, nas contra-razões (fls. 1.157):

Irretocável o entendimento adotado pelo Juiz sentenciado nos sentido de que as fotografias reconhecidas pelo réu como sendo de sua autoria e juntadas aos autos, isoladamente, não possuem apelo sexual, todavia, quando inseridas num contexto libidinoso, como nos sites em que foram extraídas, assumem um feitio lascivo e, portanto, devem ser consideradas aptas a ensejar a responsabilidade penal do apelante.

4. Mérito

A materialidade e autoria restaram comprovadas.

O laudo do exame em local de internet de fls. 79-85 concluiu que (fls. 79-85):

[...]

As inúmeras fotos retiradas do site <http://www.alessandrasmiles.com>, assim como as propagandas do site [minimodels.com](http://www.minimodels.com) cujo proprietário é o apelante, e o apenso do laudo pericial de fls. 87-232, corroboram com as demais provas apresentadas nos autos.

Perante à autoridade judicial, o recorrente afirmou que (fls. 495):

[...]

P S da N e M S A localizaram duas fotos nos sites eletrônicos e depuseram em juízo.

Disse P (590-591):

[...]

O crime para consumir-se não exige real ofensa à imagem, diante da publicação. Considera-se dano à imagem abstratamente considerada.

A pedofilia, ou pedosexualidade, é um transtorno da preferência sexual, sendo definido como a preferência por criança (pessoa com até 12 anos de idade incompletos) e adolescente (pessoa entre 12 e 18 anos) - art. 2º do Estado da Criança e do Adolescente. pelo Código Internacional de Doenças da Décima Conferência de Genebra é a pedofilia um transtorno mental (CID - 10, F65.4), o que não significa que o agente seja um doente mental ou tenha desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

O art. 4º da Lei n. 10.764, de 12 de novembro de 2003, deu nova redação ao art. 241 da Lei n. 8.069, de 10 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA). A redação passou a ser a seguinte:

[...]

A divulgação ou publicação pode ser feita, inclusive pelo *Bulletin Board System* - BBS, um pequeno sistema acessado via linha discada, restrito a um grupo de usuários locais. Este sistema oferece, muitas vezes, vários serviços, como por exemplo: grupos de discussões, murais de aviso; repositório de software público, etc. Atente-se que os BBSs possuem acesso à *internet*. (*sic*) *internet* (rede de redes que se comunicam através do protocolo TCP/IP).

Publicar é tornar público, tornar acessível a qualquer pessoa. Assim, publicar fotografias eróticas de crianças ou adolescentes constitui o crime previsto no art. 241 do ECA.

[...]

A objetividade do crime de fotografar ou publicar crianças ou adolescentes em poses eróticas - art. 241 do ECA - é o respeito à imagem, à liberdade sexual e ao domínio do corpo da criança e do adolescente.

[...]

Conforme se vê, as instâncias ordinárias basearam-se *em amplo conjunto fático-probatório, decorrente de perícias realizadas nos sítios eletrônicos em que as fotos de crianças e adolescentes foram publicadas, para se convencer de que a conduta atribuída ao paciente configura o crime previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, na figura “publicar cena pornográfica envolvendo criança ou adolescente”*.

Assim, alcançar conclusão diversa – no sentido de que a conduta imputada ao paciente não se amolda ao tipo penal previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, antes da redação dada pela Lei n. 10.764/2003 – importaria no reexame fático-probatório dos autos, providência inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

Penal. Recurso especial. Estatuto da Criança e do Adolescente. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornografia, envolvendo criança ou adolescente. Pleito de absolvição ou de reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos. Matéria fático-probatória. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Não conhecimento. Recurso não conhecido.

I. Hipótese em que as instâncias ordinárias, através de análise detida do acervo de provas, entenderam como incontroversa a prática dos delitos pelos acusados.

II. *Se a condenação se encontra lastreada em amplo quadro probatório, a pretensão de absolvição por ausência de dolo, ou a de reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos, considerando que os recorrentes em momento algum infirmam as teses da acusação, implica em reexame de matéria fático-probatória dos autos, impossível de ser satisfeita na via especial, em face do óbice da Súmula n. 7-STJ, que veda a incursão em questões de índole puramente subjetivas, já submetidas à apreciação nas instâncias ordinárias.*

III. Recurso não conhecido.

(REsp n. 1.162.880-AC, Ministro Gilson Dipp, DJe 19.12.2011 – grifo nosso).

Ainda que assim não fosse, inexistente no ordenamento jurídico uma norma penal não incriminadora explicativa que esclareça o conceito de pornografia infantil ou infanto-juvenil, razão pela qual, ao contrário do que quer fazer crer o impetrante, a previsão contida no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, antes da redação dada pelas Leis n. 10.764/2003 e n. 11.829/2008, não se limita à criminalização somente de condutas de publicar fotos de crianças e adolescentes totalmente despidas.

Cabe ao intérprete da lei, buscando a melhor aplicação da norma ali contida, diante do caso concreto, analisar se a conduta praticada pelo paciente se amolda à prevista no dispositivo em questão, de modo que nada impede que se analise, além das fotos, isoladamente, o contexto em que elas estão inseridas (publicadas).

Para isso, deve o magistrado se valer dos meios de interpretação colocados à sua disposição para adequar condutas, preencher conceitos abertos e, por fim, buscar a melhor aplicação da norma de acordo com a finalidade do diploma em que ela está inserida, que, no caso dos autos, *é a proteção da criança e do adolescente em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.*

Confira-se o art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão 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.

Nesse sentido:

Habeas corpus. Fotografar pornografia infantil. Art. 241 do ECA, nos termos da Lei n. 10.764/2003. Atipicidade da conduta de fotografar. Inocorrência. Interpretação integral da norma. Ordem denegada.

1. A alteração na redação do art. 241 do ECA pela Lei n. 10.764/2003, não descriminalizou a conduta de fotografar pornografia infantil. Precedente do STJ.

2. Embora o termo “fotografar” não constasse, literalmente, do *caput* do art. 241 do ECA - redação dada pela Lei n. 10.764/2003 -, a mera interpretação gramatical se mostraria suficiente para a compreensão do real sentido jurídico da norma em exame.

3. Ao intérprete, contudo, cabe considerar também a finalidade e o sistema (jurídico) no qual a norma está inserida, é a chamada interpretação integral, na qual o procedimento interpretativo passa obrigatoriamente, e nessa ordem, pela observação gramatical, lógica, sistemática, histórica e teleológica.

4. O termo “produzir fotografias”, portanto, como definido pela Lei n. 10.764/2003, e em vigor ao tempo da conduta imputada ao paciente, deve ser considerado tal qual “fotografar”; expressões, inclusive, sinônimas, segundo os dicionários da língua portuguesa Aurélio e Houaiss.

5. Neste contexto, buscar na expressão “produzir fotografia” significado diverso a “fotografar”, além de ilógico, diverge de forma radical do viés sistêmico da norma que ampara e protege crianças e adolescentes, tanto em sua face histórica (sempre fotografar pornografia infantil foi considerado crime) quanto teleológica (conduta repudiada pela sociedade).

Atentado violento ao pudor. Dosimetria. Causas especiais de aumento de pena. Art. 226 do CP. Utilização concomitante de duas causas. Art. 68, parágrafo único, do CP. Matéria não debatida no Tribunal originário. Supressão de instância. Apelação. Efeito devolutivo. Limitação. Razões recursais. Writ não conhecido nesse ponto.

1. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal.

2. Verificando-se que, efetivamente, a Corte de origem não apreciou a questão relativa à possibilidade da aplicação concomitante de duas causas de aumento da pena (art. 226, I e II, do CP), tendo em vista que sequer foi alvo de insurgência nas razões recursais ofertadas, inviável a análise da impetração aqui aforada, sob pena de supressão de instância.

3. *Writ* parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegada a ordem.

(HC n. 177.472-MG, Ministro Jorge Mussi, DJe 1º.8.2011 – grifo nosso).

Carlos Maximiliano, em sua eterna obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, ensina que:

[...]

Descobertos os métodos de interpretação, examinados em separado, um por um; nada resultaria de orgânico, de construtor, se os não enfeixássemos em um todo lógico, em um complexo harmônico. A análise suceda a síntese. *Intervenha a Hermenêutica, a fim de proceder à sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.*

[...]

(*Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 17ª ed., p. 5).

Rogério Greco, citando Manoel Messias Peixinho, afirma que:

[...] *não há norma suficientemente clara que prescindida da interpretação e que a conclusão sobre a clareza de determinado enunciado normativo é resultado do próprio processo interpretativo. Assim, para decidir se determinado texto é claro ou obscuro, bem como para decidir se determinada controvérsia é contemplada ou não por certa norma, é imprescindível, evidentemente, uma operação intelectual. Pois bem, o nome dessa operação é justamente o que se conhece por interpretação.*

[...]

(Curso de Direito Penal, Parte Geral. 12ª ed., p. 31).

Ademais, dos documentos constantes dos autos, observa-se que foram publicadas fotos de crianças e adolescentes seminuas, algumas de roupas de banho, outras mostrando partes do corpo e outras em poses relativamente sensuais (fls. 212-274), em *sites* de conteúdo pedófilo, segundo perícia realizada, razão pela qual não vislumbrei nenhuma viabilidade de mudança do convencimento a respeito da conduta imputada ao paciente.

A propósito:

Habeas corpus. Penal. Negativa de autoria. Comprovação. Impossibilidade na via eleita. Acórdão, no ponto, suficientemente fundamentado. Pena-base. Fixação. Inocorrência de irregularidades. Continuidade delitiva. Aumento. Quantidade de crimes.

1. Não se conhece do *writ* no que toca à alegada semi-imputabilidade do paciente, posto que a matéria não foi alvo da manifestação da Corte *a quo*;

2. Quanto à alegada negativa de autoria das fotos, inexequível se faz sua análise na via escolhida, posto que em sede de *habeas corpus*, devido à sua natureza jurídico-constitucional, não se comporta incursão no conjunto probatório para a solução da *quaestio*;

3. Assim, também, quanto à afirmada ilegalidade cometida quando da fixação da pena-base, eis que, para tanto, estar-se-ia a demandar novo juízo valorativo em relação às circunstâncias judiciais tomadas em conta para sua exasperação, operação, aliás, devidamente realizada pela Corte *a quo*;

4. Em relação ao caráter pornográfico das fotos juntadas aos autos, ainda que viável fosse a formação de novo juízo sobre o tema, as cópias constantes do presente *writ*, em que aparecem meninos nus e seminus, não deixam quaisquer dúvidas sobre sua licenciosidade;

5. Este Superior Tribunal tem se manifestado, reiteradamente, no sentido de que o aumento relativo à continuidade delitiva deve guardar compatibilidade

com a sua extensão, relativamente ao número de infrações; assim, praticada a conduta cinco vezes, é de se majorar a pena em um terço e não em dois terços como fez a Corte *a quo*;

6. *Writ* que se conhece parcialmente e, no ponto, concede-se parcialmente a ordem, tão-somente para reduzir a majoração provocada pela continuidade delitiva para um terço.

(HC n. 43.060-SP, Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 10.4.2006 – grifo nosso).

No tocante aos pleitos de fixação da pena-base no mínimo legal e de imposição de regime inicial aberto de cumprimento da pena, melhor sorte não socorre o paciente.

É que o Tribunal de origem não se manifestou satisfatoriamente sobre a questão, razão pela qual o conhecimento originário do tema por esta Corte Superior de Justiça configuraria indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

Habeas corpus. Roubo duplamente circunstanciado. Nulidade. Interrogatório. Matéria não arguida ou debatida em sede de apelação. Conhecimento. Impossibilidade. Supressão de instância. Emprego de arma. Apreensão e perícia. Dispensabilidade. Estabelecimento do regime mais gravoso com base na gravidade em abstrata do delito. Impossibilidade.

1. “O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio.” (AgRg no HC n. 120.475-MG, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe de 4.10.2010).

2. Constatando-se que o tema aduzido na impetração não foi apreciado pelo Tribunal de origem, fica inviabilizado o exame da matéria nesta Casa de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Segundo a orientação prevalente na Terceira Seção desta Corte, originada a partir do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 961.863-RS (julgado em 13.12.2010), para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, não há a necessidade de apreensão da arma e submissão a perícia.

4. Em tais hipóteses, o efetivo emprego do artefato pode ser comprovado por outros meios, tais como as declarações da vítima ou depoimento de testemunhas.

5. Na linha do entendimento sumulado por esta Corte e pelo Supremo Tribunal, configura constrangimento ilegal o estabelecimento de regime prisional mais gravoso com base na gravidade abstrata do delito.

6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, parcialmente concedida para estabelecer o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena imposta à paciente.

(HC n. 224.410-SP, Ministro Og Fernandes, DJe 7.3.2012 – grifo nosso).

Em face do exposto, *conheço parcialmente* da impetração e, na parte conhecida, *denego* a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Sra. Presidente, acompanho o voto do Senhor Ministro Relator.

HABEAS CORPUS N. 174.286-DF (2010/0096647-1)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Impetrante: Djalma Ferreira Filho

Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

Paciente: Guilherme dos Santos Pereira

EMENTA

Habeas corpus. Roubo majorado e corrupção de menores. Delação premiada. Pretendido reconhecimento. Impossibilidade. Ausência de colaboração efetiva. Direito de recorrer solto. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Matérias não apreciadas pelo Tribunal de origem. Supressão de instância.

1. Constatando-se que, embora tenha o paciente admitido a prática do crime a ele imputado, não houve efetiva colaboração com a investigação policial e o processo criminal, tampouco fornecimento de informações eficazes para a descoberta da trama delituosa, não há como reconhecer o benefício da delação premiada.

2. Inviável a análise diretamente por este Superior Tribunal do pretendido direito de o paciente aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, bem como da almejada substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que essas matérias não foram apreciadas pelo Tribunal de origem, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

3. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, 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, por unanimidade, conhecer parcialmente da ordem de *habeas corpus* e, nessa extensão, a denegar nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) e a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 10 de abril de 2012 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 25.4.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de *Guilherme dos Santos Pereira*, apontando como autoridade coatora a Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que negou provimento à Apelação n. 2009.03.1.023436-9, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente à pena de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 157, § 2º, II, do Código Penal e 244-B, *caput*, da Lei n. 8.069/1990, em concurso formal.

O impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que deveria ser aplicada em favor do paciente a causa geral de

diminuição de pena prevista no art. 14 da Lei n. 9.807/1999 – delação premiada –, destacando que, *pelo que se extrai dos autos, ficou patente a colaboração efetiva do paciente desde o início das investigações, o que possibilitou a identificação do coautor, sua localização e apreensão, bem como a recuperação total da “res substracta”* (fl. 2).

Destaca que a delação foi espontânea e ocorreu antes da prisão cautelar do paciente.

Defende, ainda, que deveria ser concedido ao paciente o direito de recorrer em liberdade, uma vez que estariam ausentes quaisquer das hipóteses autorizadoras previstas no art. 312 do Código de Processo Penal.

Requeru, liminarmente, fossem sobrestados os efeitos da condenação imposta ao paciente, até o julgamento final do presente *writ*. No mérito, pugna pela aplicação do disposto no art. 14 da Lei n. 9.807/1999, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, bem como para que seja assegurado ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação.

A liminar foi indeferida pelo então Relator, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP).

Dispensada a solicitação de informações à autoridade tida como coatora.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 157, § 2º, II, do Código Penal e 244-B, *caput*, da Lei n. 8.069/1990, em concurso formal, porque, no dia 11.8.2009, em comunhão de desígnios com o menor D D M, subtraiu, para eles, mediante grave ameaça exercida com simulação de porte de arma de fogo, coisas alheias móveis, a saber, uma bermuda, uma corrente de pescoço, um relógio de pulso, dois bonés, uma mochila e um par de sandálias, pertencentes à vítima, Michel de Carvalho Santos (fl. 17).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi negado provimento, mantido, na íntegra, o édito condenatório.

Relativamente ao pleito de aplicação da causa geral de diminuição de pena prevista no art. 14 da Lei n. 9.807/1999 – delação premiada –, necessário se faz, para melhor análise da questão *sub examine*, transcrever o disposto nesse dispositivo, *in verbis*:

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Dos documentos trazidos à colação, verifica-se que o paciente confessou sua participação no crime de roubo, declinando o nome do adolescente envolvido no ilícito (fl. 55). No entanto, não há nenhum elemento nos autos que ateste o uso de tais informações como sendo decisivas para concluir-se pela condenação do paciente pela prática do crime de roubo.

Aliás, o Juiz sentenciante destacou que, *quanto à autoria da infração, observa-se que o acusado em tela confessou o cometimento do fato, aduzindo, entretanto, que imaginara tão somente que participaria de uma brincadeira contra a pessoa da vítima* (fl. 23). O Tribunal impetrado, por seu turno, consignou que *a autoria também é incontroversa diante do que disse a vítima em Juízo [...], além do depoimento do policial, da testemunha e da confissão do apelante* (fl. 55).

Nesse contexto, a Corte estadual concluiu que *houve somente confissão, que não se prestou para os fins previstos na lei* (fl. 55). E, reportando-se ao salientado pelo órgão ministerial, destacou que *o réu não colaborou efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal (requisito do art. 13, caput, da Lei n. 9.807/1999 para a aplicação do instituto da colaboração premiada), eis que alegou atipicidade de sua conduta e negou a prática de crime de corrupção de menores, dificultando – ao contrário do que foi afirmado no recurso – a atuação dos órgãos de persecução criminal na descoberta do que realmente ocorreu* (fl. 55), pelo que *evidente que a mera confissão parcial do paciente não representou auxílio efetivo na investigação e elucidação do evento delituoso*, a afastar a possibilidade de reconhecimento do benefício almejado. Aliás, conforme bem observou o Tribunal de origem, *o réu só confessou porque foi preso em flagrante, após ser reconhecido pela vítima* (fl. 56).

Não se pode olvidar de que o instituto da delação premiada consiste em um benefício concedido ao acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações *eficazes*, capazes de contribuir para a resolução do crime. Todavia, na espécie dos autos, verifica-se que as instâncias

ordinárias apontaram elementos concretos que evidenciaram não ser o paciente merecedor dessa causa geral de diminuição de pena, já que, embora tenha admitido a prática do crime a ele imputado, não houve efetiva colaboração com a investigação policial e o processo criminal, tampouco o fornecimento de informações eficazes para a descoberta da trama delituosa, o que demonstra a falta de intenção em realmente colaborar com a Justiça.

Sobre a questão posta em discussão, já decidiu este Superior Tribunal que *O instituto da delação premiada incide quando o Réu, voluntariamente, colabora de maneira efetiva com a investigação e o processo criminal. Esse testemunho qualificado deve vir acompanhado da admissão de culpa e deve servir para a identificação dos demais coautores ou partícipes e na recuperação do produto do crime. Na hipótese, nenhum desses requisitos foi obedecido pelo Acusado* (REsp n. 1.111.719-SP, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 13.10.2009).

Por essas razões, não há como considerar que as instâncias ordinárias incidiram em constrangimento ilegal, uma vez que apontaram elementos concretos que evidenciam a ausência de preenchimento dos requisitos necessários ao reconhecimento do benefício da delação premiada, sendo certo que, para entender de modo diverso, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária.

Quanto ao pretendido direito de o paciente aguardar o trânsito em julgado da condenação em liberdade, bem como à almejada substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, verifica-se que essas matérias não foram analisadas pelo Tribunal de origem, o que impede a sua apreciação diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

Ante o exposto, *conheço parcialmente* do presente *habeas corpus* e, nessa extensão, *denego* a ordem.

HABEAS CORPUS N. 189.184-RS (2010/0201371-6)

Relatora: Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE)

Impetrante: Cleomir de Oliveira Carrão - defensora pública
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Paciente: Carlos Alberto Cunha de Moura

EMENTA

Execução penal. Falta disciplinar grave. Procedimento Administrativo Disciplinar. Inobservância de prazo regulamentar. Nulidade não configurada. Mera irregularidade. Audiência de justificação judicial. Contraditório e ampla defesa. LEP, art. 118, inciso I. Efeitos da falta. Progressão de regime. Interrupção do lapso temporal aquisitivo do direito. Perda dos dias remidos. Limitação. Lei n. 12.433/2011.

1. A apuração de falta disciplinar, consoante disposto pelo art. 59 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984), demanda a instauração de procedimento específico no qual há de ser assegurado ao apenado direito de defesa.

2. Ainda que tida como indispensável pela Jurisprudência desta Corte, a instauração de Processo Administrativo Disciplinar na apuração de suposta prática de falta disciplinar de natureza grave, a eventual existência de irregularidade procedimental nesta fase preliminar de apuração não importa, via de regra, nulidade, podendo ser sanada, desde que assegurado ao apenado, na fase judicial obrigatória (LEP, art. 118, I), seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

3. Consoante entendimento uniformizador sufragado pela eg. Terceira Seção desta Corte Superior, que se coaduna com a orientação sedimentada no Pretório Excelso, o cometimento de falta grave pelo apenado, à luz do que dispõe a Lei n. 7.210/1984 em seus arts. 112 e 118, inciso I, tem como efeito possível o reinício da contagem do lapso temporal exigido para a concessão de futura progressão de regime.

4. A falta disciplinar de natureza grave, porém, não tem o condão de interromper o prazo estipulado, como critério objetivo, para apreciação dos pedidos de livramento condicional, indulto ou de comutação da pena, sob pena de configurar constrangimento do sentenciado ao cumprimento de requisito temporal não previsto em lei.

5. A partir da edição da Lei n. 12.433/2011, que modificou a redação dada ao art. 127 da Lei de Execução Penal, a perda dos dias remidos, que antes poderia ocorrer em sua totalidade, ficou limitada ao patamar de 1/3 (um terço).

6. Ordem parcialmente concedida para afastar dos efeitos reconhecidos pelo Juízo da Execução, em razão do cometimento de falta grave pelo paciente, apenas a interrupção da contagem do prazo para eventual concessão de livramento condicional ou indulto (seja ele integral ou parcial), concedendo, ainda, *ex officio*, ordem de *habeas corpus* para limitar a revogação por falta disciplinar a 1/3 dos dias remidos pelo apenado, nos termos da nova redação do art. 127 da LEP, dada pela Lei n. 12.433/2011.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, expedindo, ainda, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 19 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE), Relatora

DJe 29.6.2012

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE): Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por *Cleomir de Oliveira Carrão* (defensora pública), em benefício de *Carlos Alberto Cunha de Moura*, apontando como autoridade coatora a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, ao negar

provimento a agravo em execução manejado em prol do paciente, exarou aresto assim ementado:

Agravo em execução. Reconhecimento da prática de falta grave pelo apenado. Fuga. Não retorno do apenado ao estabelecimento prisional.

Regressão de regime, alteração da data-base, perda dos dias remidos. Art. 118, inciso I, e 127, ambos da LEP. Consequências lógicas do cometimento de infração disciplinar.

Rejeitaram a preliminar e negaram provimento a agravo em execução.

Noticiam os autos que o ora paciente, condenado a pena total de 15 (quinze) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, com cumprimento iniciado em 3.4.1999, encontrava-se em regime semiaberto quando, em 12.12.2009, ao usufruir benefício de saída temporária, deixou de regressar ao estabelecimento prisional, incorrendo, assim, na prática de potencial falta disciplinar de natureza grave (Lei n. 7.210/1984, art. 50, inciso II).

Recapturado em 17.1.2010, foi o ora paciente cientificado da instauração de Processo Administrativo Disciplinar para apuração do ocorrido, sendo realizada, na mesma data, sua oitiva na seara administrativa.

O Juízo da Vara das Execuções da Comarca de Uruguaiana-RS, em 29.6.2010, após ouvir o paciente que, em juízo, ratificou as declarações prestadas administrativamente, homologou o referido PAD, acolhendo, assim, pedido ministerial, pelo que determinou, ante o reconhecimento da prática da falta (fuga): (i) a regressão do paciente para o regime fechado de cumprimento de pena; (ii) a perda dos dias remidos até a prática da falta (12.12.2009); e (iii) a fixação da data da recaptura do paciente (17.1.2010) como nova data-base para fins de concessão de futuros benefícios da execução.

Irresignada com o decidido, interpôs a defesa recurso de agravo em execução. Nas razões daquele recurso aduziu, preliminarmente, a nulidade do PAD, por não ter sido observado prazo mínimo de 3 dias entre a cientificação do apenado e a realização de sua oitiva, supostamente estipulado pelo art. 23, I, do Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul. No mérito, pugnou a defesa pela aceitação da justificativa apresentada pelo apenado ou, alternativamente, para que fossem afastados dos efeitos reconhecidos pelo Juízo da Execução como decorrentes da falta, tanto a perda dos dias remidos pelo apenado, quanto a alteração da data-base para futuros benefícios.

A Corte de origem, como antecipado, negou provimento ao recurso, rechaçando todas as alegações da defesa, em aresto que recebeu a ementa *supra* transcrita. Daí a impetração do remédio heróico que ora se apresenta.

Sustenta a impetrante, em síntese, que o vício apontado nas razões do agravo em execução, referente ao não atendimento do disposto art. 23, I, do RDP/RS, nulifica o PAD indevidamente homologado pelo juízo, por evidenciar a inobservância das garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Reitera, também, a alegação de inexistência de previsão legal para a alteração da data-base para benefícios da execução em decorrência do cometimento de falta disciplinar de natureza grave pelo paciente.

O Relator originário do feito, e. Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), indeferiu o pedido liminar, dispensando, ainda, a solicitação de informações à autoridade apontada como coatora (fl. 115).

O Ministério Público Federal, em parecer subscrito pela Subprocuradora-Geral da República, Dra. Julieta E. Fajardo Cavalcanti de Albuquerque, opina pela denegação da ordem (fls. 122-125).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE) (Relatora): Merecem parcial acolhida as pretensões da impetrante.

A apuração de falta disciplinar, consoante disposto pelo art. 59 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984), demanda a instauração de procedimento específico no qual há de ser assegurado ao apenado direito de defesa.

Constatada, ao término do processamento deste Procedimento Administrativo Disciplinar, a prática de falta de natureza grave, a autoridade responsável, por determinação legal (LEP, art. 48, parágrafo único), representará ao Juiz da Execução para os fins dos artigos 118, inciso I (sujeição do apenado à forma regressiva da execução de pena privativa de liberdade, com transferência para regime mais rigoroso), 125 (revogação do benefício de saída temporária), 127 (revogação de até 1/3 do tempo de pena remido), 181, §§ 1º, letra **d** (conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade), e 2º (conversão de pena de limitação de fins de semana) da Lei de Execução Penal.

Revela-se incontestado, assim, a importância da instauração do PAD nas hipóteses como a vertente, tanto que a jurisprudência recente desta Corte Superior tem reiterado ser ela indispensável, admitindo sejam superados eventuais vícios nele havidos somente em situações excepcionais, quando cabalmente demonstrado não terem referidas irregularidades afetado o direito de defesa do apenado, a quem deve ter sido assegurado, na fase judicial do processo, a garantia ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

Na hipótese dos autos, é justamente o que se verifica.

Conforme já relatado, o ora paciente se encontrava em regime semiaberto quando, em 12.12.2009, ao usufruir benefício de saída temporária, deixou de regressar ao estabelecimento prisional. Recapturado, em 17.1.2010, foi o ora paciente cientificado da instauração do PAD para apuração do ocorrido, sendo realizada, na mesma data, sua oitiva na seara administrativa.

Ao assim proceder, a autoridade responsável pela condução do procedimento administrativo deixou de observar disposição inserta no art. 23, inciso I, do Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul, que prevê prazo mínimo de 3 (três) dias entre a ciência do apenado e a realização da respectiva audiência.

Tal irregularidade, porém, não tem o condão de nulificar o PAD e, tampouco, exonerar o ora paciente dos efeitos decorrentes da aferição judicial da falta por ele perpetrada.

É que, à evidência, a inobservância do prazo previsto no art. 23, I, do RDP-RS, não trouxe qualquer prejuízo ao paciente, uma vez que, por ocasião da realização da audiência administrativa, apresentou a mesma versão dos fatos (como justificativa) posteriormente exposta na audiência judicial de justificação. Sobreleva notar que, nessa audiência judicial, esteve o paciente assistido por Defensor Público, sendo-lhe garantido o contraditório e assegurada sua ampla defesa.

Assim sendo, restou atendido o disposto no art. 118, § 2º, da LEP, que exige a oitiva prévia do apenado em juízo que o possibilite justificar a falta grave a ele imputada, revelando-se, portanto, superada a mera irregularidade ocorrida no procedimento administrativo instaurado.

Na mesma esteira, faz-se oportuna a colação, à guisa de exemplo, do seguinte julgado desta Corte Superior, veiculador da orientação no sentido de que é sanada a eventual existência de irregularidade procedimental nesta fase

preliminar de apuração (PAD) quando assegurado ao apenado, na fase judicial, seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Habeas corpus. Execução penal. Furto e estupro. Pretensão de nulidade do Procedimento Administrativo Disciplinar que apurou a falta grave (fuga). Paciente que compareceu à audiência de justificação. Apresentação de defesa pela defensoria pública. Art. 118, § 2º da Lei n. 7.210/1984 (LEP). Reinício da contagem do prazo para a concessão de benefícios, exceto livramento condicional e comutação das penas. Súmula n. 441 do STJ. Precedentes do STJ. Parecer do MPF pela denegação do *writ*. Ordem denegada.

1. Tendo o paciente comparecido à audiência de justificação, exercendo o direito ao contraditório e à ampla defesa, a existência de irregularidades no PAD não impedem o reconhecimento de falta grave pelo Juízo da Execução, nos termos do art. 118, § 2º da Lei n. 7.210/1984 (LEP).

2. O cometimento de falta grave, devidamente apurada através de Procedimento Administrativo Disciplinar, implica o reinício da contagem do prazo da pena remanescente para a concessão de benefícios relativos à execução da pena, exceto livramento condicional e comutação da pena.

3. A contagem do novo período aquisitivo do requisito objetivo para a progressão de regime deverá ter início na data do cometimento da última falta grave pelo apenado, incidente sobre o remanescente da pena e não sobre o total desta.

4. Na hipótese, as decisões impugnadas nada versaram sobre eventual interrupção do prazo para fins de livramento condicional ou comutação de pena.

5. Parecer do MPF pela denegação do *writ*.

6. Ordem denegada. (HC n. 179.321-RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 5.5.2011, DJe 9.6.2011).

No tocante aos efeitos decorrentes do reconhecimento da prática de falta disciplinar de natureza grave, prospera apenas em parte a pretensão da impetrante, de ver afastada a alteração da data-base para fins de futuras concessões de benefícios da execução.

Isto porque, sobre o tema, após alguma oscilação, firmou-se nesta Corte Superior o entendimento de que a prática de falta grave, pelo condenado, durante o resgate de pena privativa de liberdade, impõe, além de eventual regressão para regime mais rigoroso de cumprimento da pena, a perda dos dias por ele remidos e a interrupção do lapso temporal aquisitivo exigido para nova progressão.

Com efeito, a eg. Terceira Seção deste Tribunal Superior, ainda que por apertada maioria de votos dos seus integrantes, na sessão de 28 de março do presente ano, ao apreciar os Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.133.804-RS e n. 1.176.486-SP, firmou o entendimento já sufragado pelo Pretório Excelso e também esposado pela eg. Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o cometimento de falta grave pelo apenado tem, sim, o condão de reiniciar a contagem do lapso temporal para a concessão de posterior progressão de regime por ele almejada.

Assim, sendo certo que referida decisão resultou do que majoritariamente foi decidido pelos integrantes de órgão judicante sabidamente responsável pela uniformização da jurisprudência oriunda das Turmas julgadoras desta Corte Superior, tenho por imperioso aplicar à hipótese vertente a mesma solução ali esposada.

Na esteira do que naquela ocasião restou decidido, merecem destaque os recentíssimos precedentes:

Execução penal. Falta disciplinar de natureza grave. Efeitos. Regressão de regime prisional. Interrupção do lapso temporal para concessão de posteriores benefícios. Legalidade nas hipótese de futura progressão de regime. Precedentes da Terceira Seção. Impossibilidade de alteração da data-base para fins de concessão de indulto ou livramento condicional. Ausência de previsão legal.

Revogação dos dias remidos. Limitação legal. 1/3. Art. 127 da LEP. Nova redação conferida pela Lei n. 12.433/2001.

1. Consoante o entendimento uniformizador sufragado pela Eg. Terceira Seção desta Corte Superior, que se coaduna com a orientação sedimentada do Pretório Excelso, o cometimento de falta grave pelo apenado, à luz do que dispõe a Lei n. 7.210/1984 em seus arts. 112 e 118, inciso I, tem como efeitos possíveis, além da eventual regressão para regime mais gravoso de cumprimento de pena, o reinício da contagem do lapso temporal para a concessão de futura progressão de regime.

(...) 4. Ordem parcialmente concedida para afastar dos efeitos reconhecidos pelo Juízo da Execução, em razão do cometimento de falta grave pelo paciente, apenas a interrupção da contagem do prazo para eventual concessão de livramento condicional ou indulto (seja ele integral ou parcial), concedendo, ainda, *ex officio*, ordem de *habeas corpus* para limitar a revogação por falta disciplinar a 1/3 dos dias remidos pelo apenado, nos termos da nova redação do art. 127 da LEP, dada pela Lei n. 12.433/2011. (HC n. 182.885-RS, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Sexta Turma, julgado em 24.4.2012, DJe 7.5.2012).

Habeas corpus. Execução penal. Posse de chip de aparelho celular em âmbito carcerário. Falta grave. Perda dos dias remidos.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado de que a posse unicamente de chip de celular por sentenciado em estabelecimento prisional, independentemente da existência do aparelho, é suficiente para tipificar a conduta prevista na Lei n. 11.466/2007.

2. *Após o julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.176.486-SP, em 28 de março de 2012, a Terceira Seção uniformizou o entendimento de que a prática de falta grave representa marco interruptivo para a obtenção de progressão de regime e demais benefícios da execução.*

3. Ordem denegada. (HC n. 218.801-SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 19.4.2012, DJe 9.5.2012).

Há de se ressaltar, ademais, que a novel orientação da eg. Terceira Seção sobre o tema em nada infirmou o entendimento desta Corte, já sedimentado, no sentido de que o cometimento de falta grave, nos termos da legislação atualmente vigente, não interrompe o prazo estipulado, como critério objetivo, para apreciação dos ***pedidos de livramento condicional, indulto ou de comutação da pena***. Assim, a menos que o cumprimento de tal requisito temporal passe a constar expressamente dos textos legais que prevêm os referidos benefícios executórios, sua exigência configuraria descabido constrangimento do sentenciado imposto à revelia da lei. Neste sentido:

Execução penal. *Habeas corpus*. Comutação de pena. Decreto n. 5.993/2006. Falta disciplinar cometida há mais de 12 meses. Alteração da data-base para concessão do benefício. Impossibilidade. Preenchimento do requisito objetivo. Ocorrência. Ordem concedida.

1. Ao magistrado não é permitido extrapolar os limites da interpretação, na medida em que impõe requisito não-estabelecido no decreto, cuja elaboração é da competência discricionária e exclusiva do Presidente da República, a teor do art. 84, XII, da Constituição Federal.

2. O Decreto n. 5.993/2006 autoriza a comutação de 1/4 da pena imposta ao condenado não reincidente que tenha cumprido 1/4 da pena e não tenha sofrido sanção disciplinar por falta grave, praticada nos últimos 12 meses do cumprimento da pena, apurada na forma do art. 59 e seguintes da Lei de Execuções Penais, contados retroativamente a partir da publicação do referido decreto.

3. *Consoante o entendimento firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o cometimento de falta grave não interrompe o prazo estipulado, como critério objetivo, para apreciação dos pedidos de livramento condicional, indulto ou de comutação da pena, pois tal procedimento constrangeria o sentenciado ao cumprimento de requisito temporal não previsto em lei.*

4. Ordem concedida para restabelecer a decisão proferida pelo Juízo das Execuções Criminais que deferiu a comutação de pena, nos termos do Decreto n. 5.993/2006. (HC n. 165.610-SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 22.6.2010, DJe 2.8.2010).

“Execução penal. *Habeas corpus*. Comutação de pena. Decreto n. 5.993/2006. Falta grave. Interrupção da contagem do prazo para a concessão do benefício. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Falta grave cometida em período diverso do estabelecido pelo decreto. Irrelevância para a concessão da benesse.”

I - O art. 2º do Decreto n. 5.993/2006 exige, para fins de atendimento de requisito objetivo para obtenção do benefício de comutação da pena, o cumprimento de um quarto (1/4) da reprimenda total imposta ao sentenciado, não-reincidente, e um terço (1/3), se reincidente.

Entender-se que a prática de falta grave obriga o sentenciado ao cumprimento de novo lapso da pena restante, para fins de concessão da comutação, é criar requisito objetivo não previsto em lei (Precedentes).

II - Por absoluta disposição literal do art. 4º do Decreto n. 5.993/2006, apenas as faltas graves praticadas pelo sentenciado nos últimos doze meses que antecederam a publicação do decreto, impossibilitam a concessão da comutação da pena. Assim, é irrelevante a falta grave cometida em período diverso do estabelecido no decreto concessivo.

Habeas corpus concedido. (HC n. 149.344-SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 18.3.2010, DJe 12.4.2010 RT vol. 897, p. 583).

Comutação da pena (requisitos). Falta grave (ocorrência). Período aquisitivo (contagem). Interrupção (descabimento).

1. A comutação da pena poderá ser concedida ao condenado a pena privativa de liberdade, desde que se verifiquem as condições estabelecidas no Decreto n. 5.993/2006.

2. *O cometimento de falta grave não há de importar a interrupção da contagem do prazo para a concessão da comutação da pena. Uma vez preenchidos os requisitos previstos, não hão de ser impostos novos obstáculos.*

3. O entendimento de que o paciente, em razão do cometimento de falta grave, não havia preenchido requisito objetivo para a concessão do benefício – na espécie, fato reconhecido pelo Tribunal de origem, não pelo Juízo da execução – deve ser afastado.

4. Ordem concedida. (HC n. 124.353-SP, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 17.2.2009, DJe 23.3.2009).

Finalmente, no que se refere ao reconhecimento pelas instâncias de origem da perda dos dias remidos pelo apenado, cumpre observar que tal medida encontra amparo legal, estando regularmente disciplinada no art. 127 da Lei de Execução Penal, mas há de ser observada, porém, a nova redação deste dispositivo, dada pela Lei n. 12.433/2011, que limita a revogação por falta disciplinar a 1/3 dos dias remidos pelo apenado.

Desta feita, atualmente, a perda dos dias remidos pela prática de falta grave, nos termos dos arts. 118 e 127 da Lei n. 7.210/1984, com a alteração promovida pela Lei n. 12.433/2011, pode se dar apenas de forma parcial, não incidindo, ainda, o limite temporal a que alude o *caput* do art. 58 do mesmo diploma legal.

Por esse prisma, a Súmula Vinculante n. 9 do STF:

O disposto no artigo 127 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do artigo 58.

Impende ressaltar que a nova redação do art. 127 da LEP, dada pela Lei n. 12.433/2011, por ser norma de direito material e ser mais benéfica ao apenado, já que determinou não a perda total, mas o desconto de até 1/3 (um terço) do tempo remido, deve retroagir, a teor dos arts. 5º, XL, da CF e 2º do Código Penal, devendo o Juiz da Execução promover a adequação da melhor fração cabível à espécie, nos termos do art. 66, I, da LEP e da Súmula n. 611 do STF, tendo como balizas, entre outras, a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências da infração disciplinar, a própria pessoa do infrator e seu tempo de encarceramento (cf. HC n. 201.683-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 2.8.2011 e HC n. 195.478-RS, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), julgado em 9.8.2011).

Ante o exposto, *concedo parcialmente* a ordem para afastar dos efeitos reconhecidos pelo Juízo da Execução, em razão do cometimento de falta grave pelo paciente, apenas a interrupção da contagem do prazo para eventual concessão de livramento condicional ou indulto (seja ele integral ou parcial), concedendo, ainda, *ex officio*, ordem de *habeas corpus* para limitar a revogação por falta disciplinar a 1/3 dos dias remidos pelo apenado, nos termos da nova redação do art. 127 da LEP, dada pela Lei n. 12.433/2011.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 205.616-SP (2011/0100292-2)

Relator: Ministro Og Fernandes
Impetrante: Antonio Marcos Nogueira
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Antonio Marcos Nogueira

EMENTA

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Condenação no júri popular. Apelação. Redução da reprimenda. Novo julgamento. Imposição de sanção corporal superior. Impossibilidade. Princípio que veda a *reformatio in pejus* indireta.

1. Os princípios da plenitude de defesa e da soberania dos veredictos devem ser compatibilizados de modo que, em segundo julgamento, os jurados tenham liberdade de decidir a causa conforme suas convicções, sem que isso venha a agravar a situação do acusado, quando apenas este recorra.

2. Nesse contexto, ao proceder à dosimetria da pena, o Magistrado fica impedido de aplicar sanção superior ao primeiro julgamento, se o segundo foi provocado exclusivamente pela defesa.

3. No caso, em decorrência de protesto por novo júri (recurso à época existente), o Juiz presidente aplicou pena superior àquela alcançada no primeiro julgamento, o que contraria o princípio que veda a *reformatio in pejus* indireta.

4. Ordem concedida, com o intuito de determinar ao Juízo das execuções que proceda a novo cálculo de pena, considerando a sanção de 33 (trinta e três) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior concedendo a ordem, os votos das Ministras Alderita Ramos de Oliveira

(Desembargadora convocada do TJ-PE) e Maria Thereza de Assis Moura no mesmo sentido, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 12 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 27.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em causa própria por Antônio Marcos Nogueira apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente-impetrante que foi condenado a pena de 42 (quarenta e dois) anos de reclusão pela prática dos delitos previstos nos arts. 121, § 2º, II e IV, c.c. o art. 61, II, e, art. 121, § 2º, II e IV, e art. 121, § 2º, II e IV, e § 4º, última parte, c.c. o art. 14, II, art. 61, II, e, e, com os arts. 65 e 69, todos do CP.

Em sede de apelação, teve sua pena reduzida, uma vez que o Tribunal estadual deu parcial provimento ao recurso, reduzindo a pena para 33 (trinta e três) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão. *Na ocasião, afastou-se o concurso material, reconhecendo-se a continuidade delitiva e se deferiu o protesto por novo júri.*

Levado, novamente, a júri, a condenação foi fixada em 39 (trinta e nove) anos de reclusão.

Inconformado, o paciente novamente recorreu e a pena foi redimensionada para 37 (trinta e sete) anos e 7 (sete) meses de reclusão, pena esta superior à pena da primeira apelação, o que caracterizaria a ocorrência de *reformatio in pejus* indireta.

Alega que, em recurso exclusivamente da defesa, não se pode piorar a situação do paciente, o que teria ocorrido no caso dos autos.

Requer “seja mantida a pena fixada no acórdão da primeira apelação que a fixou em 33 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, determinando-se que a Vara das Execuções Criminais de Taubaté proceda a retificação do cálculo de liquidação de pena, para dele constar a menor pena” (e-fl. 2-3).

Em 11.5.2011, indeferi a liminar.

Prestadas as informações de estilo, os autos seguiram ao Ministério Público Federal (Subprocuradora-Geral Maria Eliane Menezes de Farias), que opinou pela *concessão da ordem*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Primeiramente, deixo consignado que, no caso presente, houve dois júris e duas apelações.

A explicação para tanto é que, na primeira apelação, afastou-se a regra do concurso material, adotando-se a continuidade delitiva. Em consequência, abriu-se a possibilidade de realização do protesto por novo júri.

Tal providência está de acordo com a jurisprudência desta Corte. Vejamos:

Habeas corpus. Penal e Processo Penal. Tribunal do Júri. Crime continuado. Protesto por novo júri. Possibilidade.

1. Afastado o concurso material de crimes, no julgamento da apelação, e reconhecida a continuidade delitiva, não há impedimento a que se defira em favor do paciente o protesto por novo júri, desde que atendido o requisito objetivo de a pena ser igual ou superior a vinte anos. O crime continuado, embora ficção jurídica, é considerado crime único.

2. Ordem concedida.

(HC n. 58.317-SP, *Sexta Turma*, de minha relatoria, DJe de 30.3.2009).

Habeas corpus. Processual Penal. Condenação, pelo júri, por dois homicídios qualificados, um consumado e um tentado. Continuidade delitiva reconhecida nos autos de revisão criminal. Pena acima de 20 anos. Julgamento anterior à vigência da Lei n. 11.689/2008. Protesto por novo júri. Protesto por novo júri. Cabimento.

1. Tendo a Corte de origem fixado a pena do Paciente em 22 (vinte e dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em face do reconhecimento da continuidade

delitiva - superior a 20 anos de reclusão, portanto -, há que se reconhecer o seu direito ao protesto por novo júri. Precedentes.

2. O fato de a lei nova ter suprimido o recurso de protesto por novo júri não afasta o direito à recorribilidade subsistente pela lei anterior, em vigor à época da decisão impugnada.

3. Ordem concedida para, cassando o acórdão proferido nos embargos de declaração na Revisão Criminal n. 71/2005, determinar seja o Paciente submetido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

(HC n. 102.858-RJ, *Quinta Turma*, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 1º.2.2011).

É certo que um dos princípios do Tribunal do Júri é o da soberania dos veredictos.

Tal vetor, ao meu sentir, há de ser conciliado com os demais listados pela Constituição Federal, principalmente o da plenitude de defesa.

Digo isso porque não se pode colocar a defesa em situação de dúvida se deseja ou não recorrer, se usará ou não seu direito (à época existente) de protesto por novo júri.

Surge, então, importante questão: como conciliar a soberania dos veredictos com a ampla (plena) defesa?

A resposta a tal indagação, penso eu, foi dada em importante julgamento do Supremo Tribunal.

Na ocasião, em feito da Relatoria do Eminentíssimo Ministro Cezar Peluso, decidiu-se que os jurados teriam liberdade para decidir a causa conforme sua convicção, tanto no primeiro quanto no segundo júris. No entanto, no novo julgamento, o Juiz presidente ficaria limitado, ao proceder à dosimetria, à pena obtida no primeiro julgamento.

O referido julgado porta esta ementa:

Ação penal. Homicídio doloso. Tribunal do Júri. Três julgamentos da mesma causa. Reconhecimento da legítima defesa, com excesso, no segundo julgamento. Condenação do réu à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime semi-aberto. Interposição de recurso exclusivo da defesa. Provimento para cassar a decisão anterior. Condenação do réu, por homicídio qualificado, à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, no terceiro julgamento. Aplicação de pena mais grave. Inadmissibilidade. *Reformatio in peius* indireta. Caracterização. Reconhecimento de outros fatos ou circunstâncias não ventilados no julgamento anterior. Irrelevância. Violação conseqüente do justo processo da

lei (*due process of law*), nas cláusulas do contraditório e da ampla defesa. Proibição compatível com a regra constitucional da soberania relativa dos veredictos. HC concedido para restabelecer a pena menor. Ofensa ao art. 5º, incs. LIV, LV e LVII, da CF. Inteligência dos arts. 617 e 626 do CPP. Anulados o julgamento pelo Tribunal do Júri e a correspondente sentença condenatória, transitada em julgado para a acusação, não pode o acusado, na renovação do julgamento, vir a ser condenado a pena maior do que a imposta na sentença anulada, ainda que com base em circunstância não ventilada no julgamento anterior.

(HC n. 89.544-RN, Relator Ministro Cezar Peluso, DJe de 15.5.2009).

O mesmo entendimento, *mutatis mutandis*, há de ser aplicado à hipótese de que aqui se trata.

Levando em conta que no Tribunal de origem - primeira apelação - a pena foi diminuída para 33 (trinta e três) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, esta era a pena limite a ser respeitada no novo julgamento.

Essa também é a opinião do ilustre parecerista. Vejamos:

A ordem merece concessão.

A questão que se apresenta no caso *sub judice* nos parece bastante clara, sendo a decisão merecedora de reparo. Isso porque se trata de verdadeira *reformatio in pejus* indireta, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Guilherme de Souza Nucci assim retrata o princípio ora em análise:

Reformatio in pejus indireta: trata-se da anulação da sentença, por recurso exclusivo do réu, vindo outra a ser proferida, devendo respeitar os limites da primeira, sem poder agravar a situação do acusado. Assim, caso o réu seja condenado a 5 anos de reclusão, mas obtenha a defesa a anulação dessa decisão, quando o magistrado – ainda que seja outro – venha a proferir outra sentença, está adstrito a uma condenação máxima de 5 anos. Se pudesse elevar a pena, ao proferir nova decisão, estaria havendo uma autêntica reforma em prejuízo da parte que recorreu. Em tese, seria melhor ter mantido a sentença, ainda que padecendo de nulidade, pois a pena seria menor. Parece-nos justa, portanto, essa posição, que é dominante na jurisprudência atual.” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 994).

(...)

Na hipótese dos autos, percebe-se que o Paciente foi condenado, na primeira vez, à pena de 33 (trinta e três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão. Deferido o protesto por novo júri e submetido o Paciente a novo julgamento, foi-lhe imposta reprimenda final no montante de 37 (trinta e sete) anos, 06 (seis)

meses e 20 (vinte) dias de reclusão, *quantum* superior ao fixado na primeira condenação.

Pelo que se extrai das informações (v. fls. 23-24), o Conselho de Sentença não respondeu aos quesitos de forma absolutamente idêntica nas duas oportunidades. Contudo, a diferença se deu por um mínimo detalhe, incapaz de acarretar uma mudança na dosimetria da pena do Paciente.

É que, enquanto no primeiro julgamento, os jurados reconheceram – no tocante a um dos homicídios e à tentativa de homicídio – a qualificação do delito pelo motivo torpe (art. 121, § 2º, I, CP), no segundo, os mesmos crimes foram qualificados pelo motivo fútil (art. 121, § 2º, II, CP). A nosso ver, essa circunstância não autoriza conclusão no sentido de que os julgamentos se deram de forma tão diferente a ponto de permitir mudanças drásticas na dosimetria.

Além disso, na primeira condenação, foi aplicada a regra do concurso material, que se mostra mais gravosa do que aquela referente à continuidade delitiva, que incidiu na segunda.

Veja-se trecho das informações prestadas pela autoridade apontada coatora (fls. 23-24):

Contra a decisão, proferida nos autos da Ação Penal n. 006.01.008570-5, Controle n. 799/01, da Quarta Vara do Júri da Comarca de São Paulo, que condenou o ora paciente por infração aos arts. 121, § 2º, II e IV, c.c. o art. 61, II, **e**, 121, § 2º, I e IV, e 121, § 2º, I e IV, e § 4º, última parte, c.c. o art. 14, II, art. 61, II, **e**, todos c.c. os arts. 65 e 69, e todos do Código Penal, à pena de 42 anos de reclusão, em regime integral fechado, insurgiu-se a Defesa.

(...)

Em primeira instância aos 08 de fevereiro de 2007, Antonio Marcos Nogueira foi submetido a julgamento perante o Júri popular e condenado como incurso nos arts. 121, § 2º, II e IV, c.c. o art. 61, II, **e**, 121, § 2º, II e IV, e 121, § 2º, II e IV e § 4º, última parte, c.c. o art. 14, II, art. 61, II, **e**, todos c.c. os arts. 65 e 71, parágrafo único, todos do Estatuto Repressivo, à reprimenda de 39 anos de reclusão, em regime inicial fechado, vedado o recurso em liberdade.

Verifica-se que, exceto pelos trechos sublinhados – os quais, reitera-se, não acarretariam acentuada mudança na dosimetria da pena do Paciente – ambas as condenações foram idênticas. Porém, apesar da mesma tipificação do primeiro, a situação do Paciente foi agravada no momento da fixação da pena no segundo julgamento.

Por esse motivo, entendemos patente o constrangimento ilegal evidenciado pela *reformatio in pejus* indireta em desfavor do Paciente.

Isto posto, manifesta-se o Ministério Público Federal pela concessão da ordem, para que seja fixado, como limite à segunda condenação, o *quantum* da pena aplicada no primeiro julgamento.

Pelo exposto, voto pela concessão da ordem, com o intuito de determinar ao Juízo das execuções que proceda a novo cálculo de pena, considerando a sanção de 33 (trinta e três) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Senhor Presidente, a questão aqui em debate refere-se à possibilidade de o Tribunal de Justiça, ao julgar recurso do réu, fixar nova pena que permitiria o protesto por novo júri e, simultaneamente, já determinar a sua realização, sendo que a pena a ser fixada pelo novo júri deve ser limitada por aquela fixada pelo Tribunal.

Vossa Excelência concedeu a ordem, entendendo que não pode o segundo julgamento impor uma pena maior que aquela fixada pelo Tribunal.

Nada tenho a acrescentar às suas razões, a não ser uma perfeita definição trazida pelo Ministro Jorge Mussi, por ocasião do julgamento do HC n. 189.172-RS, quanto ao porquê da impossibilidade da *reformatio in pejus*:

[...]

2. “O princípio *tantum devolutum quantum appellatum* ou princípio da devolutividade significa que o recurso devolve ao órgão jurisdicional exclusivamente a matéria impugnada, ou seja, a que foi objeto do pedido contido no recurso. [...] Como desdobramento do princípio da devolutividade, temos o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, consistente na proibição de se agravar a situação do que recorreu em razão do próprio recurso” (Denilson Feitosa; in *Direito Processual Penal*, Niterói: Impetus, 2008, p. 920).

3. A vedação à *reformatio in pejus* se justifica na medida em que a admissão da piora da situação daquele que recorre, quando há insurgência apenas de sua parte, tolheria por completo a voluntariedade dos recursos, maculando o direito a ampla defesa, já que o interessado sempre se questionaria acerca da possibilidade de recorrer, pois correria o risco de se ver em posição ainda mais desvantajosa do que aquela em que já se encontra.

[...]

Assim, também *concedo* a ordem.

RECURSO ESPECIAL N. 1.250.950-DF (2011/0100751-8)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Recorrente: Eder Douglas Santana Macedo

Advogado: Raul Livino Ventim de Azevedo e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Agravante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Agravado: Eder Douglas Santana Macedo

Advogado: Raul Livino Ventim de Azevedo e outro(s)

EMENTA

Penal e Processo Penal. Recurso especial. Violação ao art. 92, I, **b**, do CP. Dissídio jurisprudencial. Inocorrência. Perda do cargo público. Aposentadoria superveniente ao delito. Possibilidade de cassação. Acórdão em conformidade com a jurisprudência desta Corte. Súmula n. 83-STJ. Recurso especial a que se nega provimento (posição vencida da relatora). Entendimento majoritário: violação de lei federal. Ocorrência. Recurso provido.

1. Segundo a ótica majoritária da colenda Sexta Turma, construída a partir do voto divergente do eminente Ministro Sebastião Reis Júnior, é inviável ter-se como efeito da condenação penal a perda da aposentadoria, em razão de inexistente previsão legal.

2. Recurso especial da defesa a que se dá provimento (com voto vencido da relatora).

Penal e Processo Penal. Agravo em recurso especial. Violação aos arts. 70, 1ª parte, 73, do CP. Negativa de vigência aos arts. 18, 2ª parte, 69 e 70, 2ª parte, do CP. Erro na execução. Dolo eventual. Análise que demanda reexame fático e probatório. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Agravo em recurso especial a que se nega provimento.

1. Cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de simples erro na execução ou de dolo eventual. Incidência do Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

2. Agravo em recurso especial da acusação a que se nega provimento (por maioria de votos).

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: “Retificando decisão proferida em Sessão do dia 29.5.2012, após o voto do Sr. Ministro Og Fernandes dando provimento ao recurso especial interposto pelo recorrente Éder Douglas Santana Macedo, acompanhando, no mais, o voto da Sra. Ministra Relatora, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, vencida a Sra. Ministra Relatora, e também, por maioria, a Turma negou provimento ao agravo, nos termos da Sra. Ministra Relatora, vencido o Sr. Ministro Vasco Della Giustina.” Votaram com a Sra. Ministra Relatora, quanto ao agravo em recurso especial, os Srs. Ministros Sebastião Reis Junior e Og Fernandes.

Votaram com o Sr. Ministro Sebastião Reis Junior, quanto ao recurso especial, os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) e Og Fernandes.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 19 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 27.6.2012

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de *recurso especial* interposto por *Eder Douglas Santana Macedo*, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, e de *agravo* interposto pelo *Ministério Público*, para subida de recurso especial, com fundamento na aliena **a** do permissivo constitucional, ambos manejados contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ementado *verbis*:

Penal e Processo Penal. Apelação. Homicídios duplamente qualificados (art. 121 § 2º I e IV CP) saguão do aeroporto de Brasília. Pena. Redimensionamento. Confissão espontânea. Concurso formal gravidade do delito. Majoração. Razoabilidade recursos provimento parcial. 1. Cuidando-se de delitos cuja gravidade restou amplamente demonstrada nos autos, eis que praticado no saguão do Aeroporto Internacional de Brasília, colocando em risco a vida de inúmeras outras pessoas, agente portando duas armas (pistola 380 e revólver. 38), com munição de sobra, evidente que sua culpabilidade extrapolou a definição típica. 2. As circunstâncias do delito também pesam em desfavor do réu, uma vez que provocou a situação que culminou com a morte do cunhado e do filho deste, resultante da inveja e da incapacidade de conviver com a felicidade alheia. 3. Se o réu, em seu interrogatório traduz toda a dinâmica dos acontecimentos, há de ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea. 4. Se o réu mata duas pessoas, uma delas em erro de execução, aplicam-se as disposições atinentes ao concurso formal, segundo dogmática do art. 73 do Código Penal. 5. A apuração do *quantum* de aumento pelo concurso formal (art. 70, CP) leva em conta o número de vidas ceifadas. Precedente (STJ. HC n. 121.604-SP, Ministro Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. DJe 3.11.2009). 6. Recursos parcialmente providos, sem alteração do resultado.

Foram, ainda, opostos dois embargos de declaração, um pela defesa e um pela acusação, os quais restaram rejeitados, respectivamente, nos seguintes termos:

Processo Penal. Apelação embargos de declaração. Defesa. Homicídios qualificados. Condenação. Efeitos. Perda do cargo. Fundamentação suficiente. Omissão. Acolhimento sem alteração do resultado. 1. A jurisprudência tem consagrado que a perda do cargo não é consectário automático da condenação, devendo ser fundamentada (STJ, AgRg no REsp n. 824.721-MT. Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 11.5.2010. OJe 31.5.2010). 2. A perda do cargo, em casos dessa natureza - prática de duplo homicídio -, em que pese não seja automática, é obrigatória, levando-se em conta o montante de pena aplicado (18 anos e 8 meses de reclusão). 3. O trânsito em julgado da sentença penal condenatória desencadeia a atuação do Administrador Público, sobrepujando-se a qualquer decisão na esfera administrativo-disciplinar, não havendo que se falar em decadência do direito de anular ou cassar o ato de aposentadoria do réu. Precedente (RMS n. 13.934, 'SP, Rol Min. Felix Fischer. Quinta Turma. DJU de 12.8.2003). 4. Preservada a opinião de que a condenação em processo criminal não se insere nas situações que autorizam a decretação da cassação da aposentadoria (art. 134, Lei n. 8.112/1990), registra-se que a conduta do réu que pratica duplo homicídio, fora do exercício do cargo, está incluída na incontinência pública (inciso V) do art. 132 do citado diploma legal. 5. Embargos acolhidos para sanar a omissão, sem alteração do resultado. (fl. 1.687).

Processo Penal. Embargos de declaração. Ministério Público. Homicídio qualificação. Erro de execução. Aplicação do concurso formal. Contradição e omissão. Erro de julgamento. Imprestabilidade dos embargos. Desprovimento. 1. Os embargos de declaração não se prestam a arrostar eventual erro de julgamento. Qualquer contradição entre a prova produzida e sua interpretação não pode ser remediada por meio de recurso com espectro integrativo. 2. O réu pode esboçar uma versão durante toda a persecução criminal, e, no último instante (tréplica), inventar ou esposar outra. Não é vedado ao réu inovar no processo submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri. Precedente (HC n. 61.615-MS. Rel. p/ Acórdão Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 10.2.2009, DJe 9.3.2009). 3. Se o tema não passou despercebido pelo Colegiado, é de se afastar alegação de omissão. 4. Embargos rejeitados. (fl. 1.695).

Sustenta o primeiro recorrente, às fls. 1.706-1.721, além de divergência jurisprudencial, ter havido violação ao artigo 92, inciso I, alínea **b**, do Código Penal, haja vista não constar como penalidade, na referida previsão legal, a cassação de aposentadoria. Assevera que a perda do cargo não se confunde com a aposentadoria, situação completamente diferente. Ademais, afirma que no momento da prolação da sentença condenatória, em 16.10.2009, o recorrente já se encontrava aposentado desde 10.12.2001, em razão de doença incurável.

O agravante aduz em seu recurso especial, às fls. 1.741-1.755, ter havido afronta aos artigos 70, primeira parte, e 73, ambos do Código Penal, bem como negativa de vigência aos artigos 18, segunda parte, 69 e 70, 2ª parte, todos do Código Penal, pois, a seu ver, o crime foi cometido em concurso material ou, alternativamente, em concurso formal impróprio.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 1.771-1.776 e 1.762-1.768.

O Tribunal de origem admitiu o apelo especial da defesa às fls. 1.786-1.788 e negou seguimento ao recurso do *parquet* às fls. 1.783-1.785.

Ingressou, então, o Ministério Público com agravo em recurso especial, às fls. 1.794-1.812, ao argumento de que o tema trazido no apelo especial não demanda incursão na seara fática e probatória. No mais, reitera os termos do recurso.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 1.829-1.858, pelo desprovimento do recurso especial, nos seguintes termos:

Recurso especial Penal artigo 121, § 2º, incisos I e IV, c.c. artigo 70 do Código Penal. Condenação. Perda do cargo público. Agente administrativo da polícia federal em exercício do cargo na data do crime. Efeito da condenação. Aposentadoria em virtude

de doença grave incapacitante (aids). Fato posterior. Preliminar do Ministério Público acolhida. Recurso desprovido. Súmula n. 83-STJ. Essa c. Corte entende que legítima é a cassação de aposentadoria de servidor, decorrente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória pela prática de crime cometido na atividade, que lhe impôs expressamente, como efeito extrapenal específico da condenação, a perda do cargo público. Incidência do Verbete da Súmula n. 83 do Superior Tribunal de Justiça. Agravo em recurso especial. Reexame dos fatos ou das provas para definir o designio autônomo que dirigia a ação do réu ou, no mínimo, o dolo eventual em ordem a reconhecer-se o concurso material ou o concurso formal impróprio. Súmula n. 7 do STJ. Desprovemento do agravo. O exame do pleito reclama ingresso no sítio probatório, providência estranha à excepcionalidade deste recurso, atraindo a incidência do Verbete da Súmula n. 7, do Superior Tribunal de Justiça. Parecer pelo desprovemento do recurso especial, acolhendo-se a preliminar arguida pelo Ministério Público, e pelo desprovemento do agravo em recurso especial.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Inicialmente, esclareço que, diante da nova sistemática do agravo para subida do recurso especial, inaugurada com a entrada em vigor da Lei n. 12.322/2010, o agravo do Ministério Público subiu nos autos do apelo especial interposto pela defesa, o qual foi admitido pelo Tribunal de origem. Dessarte, cuidando-se dos mesmos autos, não teria como ser autuado como duas espécies recursais distintas. Assim, diante da referida peculiaridade, analiso ambos os recursos conjuntamente.

Na assentada dos presentes recursos, o eminente Ministro Sebastião Reis Júnior inaugurou divergência relativamente à insurgência defensiva, tese que, aliás, sagrou-se, no ponto, vencedora, nos seguintes moldes:

Sra. Presidente, não tenho dúvida em acompanhar V. Exa. no que se refere ao agravo do Ministério Público.

Porém, no que se refere ao recurso especial do recorrente, servidor Éder Douglas Santana Macedo, ousou divergir. Entendo que, no caso, o art. 92 do Código Penal apresenta hipóteses estreitas de penalidade, entre as quais não se encontra a perda da aposentadoria. Não há, como na Lei n. 8.112/1990, previsão expressa de perda da aposentadoria.

Como o servidor não ocupa mais o cargo, penso que ele não pode perdê-lo. Entendo eu que deveria haver previsão expressa para a perda da aposentadoria.

Então, nesse particular, eu daria provimento ao recurso especial.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo em recurso especial, interposto pelo Ministério Público, e *dou provimento* ao recurso especial, interposto por Éder Douglas Santana Macedo, para afastar a cassação da sua aposentadoria.

Esta Ministra, contudo, no ponto ficou vencida, com fulcro nos seguintes argumentos.

No que concerne ao recurso especial interposto por *Eder Douglas Santana Macedo*, quando da sessão de julgamento constato que a insurgência não merece prosperar. Com efeito, o artigo 92, inciso I, alínea **b**, do Código Penal determina a perda do cargo público quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 anos. Aduz o recorrente que referido comando normativo não pode incidir sobre a aposentadoria, contudo, não é o que prevalece na doutrina e jurisprudência.

Com efeito, esta Corte tem se pronunciado no sentido de que a perda do cargo deve ser avaliada com base na data do fato criminoso. Assim, se o réu era servidor da ativa à época dos fatos, a superveniente aposentadoria não tem o condão de elidir referido efeito penal, que repercutirá, conseqüentemente, na aposentadoria concedida após a data do evento. Deve, portanto, ser cassada esta última, haja vista a perda do cargo público.

Note-se que a Lei que regula o regime jurídico dos servidores públicos prevê como penalidade administrativa tanto a demissão quanto a cassação da aposentadoria (art. 127, III e IV), cabendo esta última nos casos em que o servidor inativo houver praticado, na atividade, fato punível com a demissão, conforme destaca o artigo 134 da Lei n. 8.112/1990. Dessarte, sendo legítima referida conclusão na esfera administrativa, com muito mais razão deve se entender que a perda do cargo abrange a cassação da aposentadoria concedida após a prática do fato criminoso.

Importante esclarecer que não se está aqui fazendo uso de analogia ou de interpretação extensiva no que concerne aos efeitos do artigo 92 do Código Penal, pois, cuidando-se de efeitos penais, não se pode descurar do princípio da legalidade. Contudo, entendo que a argumentação aqui destacada busca antes identificar a real abrangência do termo “perda do cargo”, que a meu ver, deve ser avaliada no momento do delito. Assim, se ocupante de cargo público no momento da prática da conduta típica, devem incidir os efeitos do artigo 92 do Diploma Penal e, por consequência, sobrevivendo a aposentadoria, esta resta desconstituída.

Ademais, deve se atentar também, *in casu*, para o princípio da isonomia, pois, a depender do momento da prolação da sentença, se antes ou após a consecução da aposentadoria, pessoas na mesma situação, ou seja, que tenham cometido crimes enquanto ocupantes de cargo, função pública ou mandato eletivo, poderão sofrer efeitos extrapenais distintos, acaso se entenda não ser possível a abrangência da aposentadoria na expressão perda do cargo.

Confram-se, por oportuno, julgados desta Corte que retratam ser pacífico o entendimento ora esposado:

Recurso especial. Penal. Roubo circunstanciado. Perda do cargo público. Policial militar em exercício do cargo na data do crime. Efeito da condenação. Aposentadoria. Fato posterior. Recurso provido. I. Hipótese em que o réu encontrava-se, na data do crime, em pleno exercício do cargo de policial militar, vindo a se aposentar dias depois. II. *Legítima a cassação de aposentadoria do réu que teve declarada a perda do cargo, como efeito extrapenal da condenação, por crime cometido na atividade.* III. Recurso provido, para restabelecer a sentença de primeiro grau. (REsp n. 914.405-RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Rel. p/ Acórdão Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 23.11.2010, DJe 14.2.2011).

Direito Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Policial. Perda da função pública. Sentença penal condenatória. Modificação na esfera cível. Impossibilidade. Recurso improvido. 1. Diante do trânsito em julgado de sentença penal condenatória que decreta a perda do cargo público, a autoridade administrativa tem o dever de *proceder à demissão do servidor ou à cassação da aposentadoria*, independentemente da instauração de Processo Administrativo Disciplinar, que se mostra desnecessária. Isso porque qualquer resultado a que chegar a apuração realizada no âmbito administrativo não terá o condão de modificar a força do decreto penal condenatório. 2. Em consequência, nesses casos, não há falar em contrariedade ao devido processo legal e aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, já plenamente exercidos nos rigores da lei processual penal, tampouco na ocorrência de prescrição da pretensão punitiva do Estado ou de *bis in idem*, sendo esta última oriunda de eventual apuração, na esfera administrativa, do ilícito praticado. 3. Do administrador não se pode esperar outra conduta, tendo em vista a possibilidade de, em tese, incidir no crime de prevaricação ou de desobediência, conforme for apurado, segundo os arts. 319 e 330 do Código Penal. O fato poderá, ainda, constituir ato de improbidade administrativa, conforme art. 11, II, da Lei n. 8.429/1992. 4. Qualquer modificação dos efeitos da sentença condenatória, bem como a extensão de qualquer benefício ou vantagem, deve ser buscada e solucionada na própria esfera penal. Em mandado de segurança impetrado contra ato que, em cumprimento à sentença que decreta a perda da função pública, aplica a servidor público a pena de cassação de aposentadoria, não cabe

a reforma da decisão proferida no juízo criminal. 5. Recurso ordinário improvido. (RMS n. 22.570-SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 18.3.2008, DJe 19.5.2008).

Administrativo. Magistrado. Perda do cargo em decorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado. Cassação de aposentadoria. Cabimento. Cumprimento da sentença condenatória. Previsão na Loman. Desnecessidade. Ofensa ao ato jurídico perfeito. Não ocorrência. 1. Transita em julgado a sentença penal condenatória que expressamente determinou a perda de cargo da Recorrente, torna-se inviável o exame do cabimento dessa penalidade, ao argumento de que a redação anterior do art. 92, inciso I, do CP, não previa tal efeito, no bojo do presente *mandamus*, haja vista ser a revisão criminal a via correta para sanar eventual imperfeição da mencionada sentença. 2. Prescinde de previsão legal expressa a cassação de aposentadoria de magistrado condenado à perda de cargo em sentença penal transitada em julgado, uma vez que a cassação é consectário lógico da condenação, sob pena de se fazer tábula rasa à norma constitucional do art. 95, inciso I, da CF/1988, que prevê a perda de cargo de magistrado vitalício, somente em face de sentença judicial transitada em julgado. Precedente do STJ. 3. Sendo a cassação da aposentadoria compulsória mera decorrência da condenação penal transitada em julgado que decretou a perda do cargo do magistrado, é despicienda a instauração de processo administrativo, com todos seus consectários, para se proceder à referida cassação, sendo certo que inexistente ofensa à ampla defesa ou ao contraditório. 4. O ato que determinou a exclusão da Impetrante da folha de pagamento não se constitui revisão do ato de aposentação, mas sim mero cumprimento de determinação judicial que determinou a perda de cargo, razão pela qual é descabida a aplicação do art. 54 da Lei n. 9.784/1999. Inexistente ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Precedente do STF. 8. Recurso ordinário desprovido. (RMS n. 18.763-RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 6.12.2005, DJ 13.2.2006, p. 832).

Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Servidor público. Policial. Condenação pelo crime de extorsão qualificada, com imposição da perda do cargo. Obtenção de aposentadoria. Superveniência de trânsito em julgado da condenação. Cassação do ato de aposentação. Legalidade. Ausência de direito líquido e certo. I - *Legítima é a cassação de aposentadoria de servidor, decorrente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória pela prática de crime cometido na atividade, que lhe impôs expressamente, como efeito extrapenal específico da condenação, a perda do cargo público.* II - Alegação de prescrição da penalidade administrativa que não tem razão de ser, na medida em que a cassação da aposentadoria do recorrente não resultou de sanção administrativo-disciplinar, mas de sentença penal condenatória. Recurso desprovido. (RMS n. 13.934-SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10.6.2003, DJ 12.8.2003, p. 245).

Dessarte, verifica-se que está pacificada a jurisprudência nesta Corte, sendo aplicável, portanto, a orientação prevista no Enunciado n. 83 deste Superior Tribunal de Justiça, a qual se aplica tanto no que concerne aos recursos interpostos com base na alínea **c** quanto com base na alínea **a** do permissivo constitucional. Dessa forma, nego provimento ao recurso especial interposto pela defesa.

Quanto ao agravo em recurso especial interposto pelo Ministério Público, verifico que também não lhe assiste razão. Com efeito, verifica-se que a análise acerca do elemento subjetivo do agravado implicaria, inevitavelmente, no reexame dos fatos e das provas produzidas nos autos. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de simples erro na execução ou de dolo eventual. Nesse contexto, verifica-se não possuir esta senda eleita espaço para a análise da matéria suscitada pelo recorrente, cuja missão pacificadora restara exaurida pelas instâncias anteriores.

De fato, para se chegar a conclusão diversa da que chegou o Tribunal de origem, seria inevitável o revolvimento do arcabouço carregado aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Com efeito, não se mostra plausível nova análise do contexto probatório por parte desta Corte Superior, a qual não pode ser considerada uma terceira instância recursal. No mais, referida vedação encontra respaldo no Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, *verbis*: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial”. Confirmam-se, nesse sentido, os precedentes da Corte:

Recurso especial. Tribunal do Júri. Pronúncia por homicídio simples c.c. Lesão corporal a título de dolo eventual. Desclassificação para homicídio culposo na direção de veículo automotor. Exame de elemento subjetivo do tipo. Análise aprofundada do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Enunciado Sumular n. 7-STJ. Competência do Conselho de Sentença. Violação de dispositivos constitucionais. Incompetência desta Corte Superior. Recurso não conhecido. 1. A decisão de pronúncia encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exigindo o ordenamento jurídico somente o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requisitos de certeza necessários à prolação de um édito condenatório, sendo que as dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se contra o réu e a favor da sociedade. É o mandamento do art. 408 e atual art. 413 do Código Processual Penal. 2. O exame da insurgência exposta na impetração, no que tange à desclassificação do delito, demanda aprofundado revolvimento do conjunto probatório, já que para que seja reconhecida a culpa consciente ou o dolo eventual, faz-se necessária uma análise minuciosa da conduta

do recorrente, procedimento este inviável na via do apelo especial, conforme dicção da Súmula n. 7 desta Corte Superior. 3. Afirmar se agiu com dolo eventual ou culpa consciente é tarefa que deve ser analisada pela Corte Popular, juiz natural da causa, de acordo com a narrativa dos fatos constantes da denúncia e com o auxílio do conjunto fático-probatório produzido no âmbito do devido processo legal, o que impede a análise do elemento subjetivo de sua conduta por este Sodalício. 4. Na hipótese, tendo a decisão impugnada asseverado que há provas da ocorrência do delito e indícios da autoria assestada ao agente e tendo a provisional trazido a descrição da conduta com a indicação da existência de crime doloso contra a vida, sem proceder à qualquer juízo de valor acerca da sua motivação, não se evidencia ilegalidade na manutenção da pronúncia pelo dolo eventual, que, para sua averiguação depende de profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente sopesadas pelo Juízo competente no âmbito do procedimento próprio, dotado de cognição exauriente. 5. Consoante firme orientação jurisprudencial, não se afigura possível apreciar, em sede de recurso especial, suposta ofensa a artigo da Constituição Federal. O prequestionamento de matéria essencialmente constitucional pelo STJ implicaria usurpação da competência do STF. 6. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp n. 1.224.263-RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12.4.2011, DJe 29.4.2011).

Agravo regimental. Recurso especial. Homicídio. Trânsito. Dolo eventual. Negativa de seguimento. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Dissídio não demonstrado. Precedentes. Agravo desprovido. 1. *Se o Tribunal de origem, analisando a dinâmica do fato havido por delituoso e as provas produzidas sob o crivo do contraditório, conclui que se trata de homicídio caracterizado por dolo eventual, cujo julgamento é da competência do Tribunal do Júri Popular, a alteração dessa conclusão somente se poderia fazer se empreendida ampla investigação do acervo probatório, inadmissível na via do Recurso Especial (Súmula n. 7-STJ). Precedentes.* 2. O sugerido dissídio jurisprudencial não foi analiticamente demonstrado nos moldes exigidos pelos arts. 255, § 2º do RISTJ e 541, parág. único do Estatuto Processual Civil, pois ausente o indispensável cotejo analítico, com a menção às circunstâncias que identificam e assemelham os casos confrontados. 3. Agravo desprovido. (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.181.583-GO, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 7.4.2011, DJe 12.5.2011).

Processual Penal. Tribunal do Júri. Julgamento contrário à prova dos autos. Anulação. Impossibilidade. Dolo eventual. Existência. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. 1. Se as provas apreciadas pelas instâncias ordinárias sustentam duas versões diferentes do delito, uma das quais aceita pelo Tribunal do Júri, não há falar em julgamento contrário à prova dos autos. 2. Para verificar a existência de dolo eventual e não de legítima defesa seguida de excesso culposo, há necessidade de imiscuir-se na seara fático-probatória, o que incide na censura da Súmula n. 7-STJ. 3. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 295.717-DF, Rel.

Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 26.6.2001, DJ 13.8.2001, p. 312, REPDJ 20.8.2001, p. 548).

Assim, não há como vingar o agravo em recurso especial interposto pelo *parquet*, ante o óbice intransponível do Enunciado n. 7 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual lhe nego provimento.

Ante o exposto, *nego provimento a ambos os recursos, sendo que fico vencida no tocante ao recurso especial interposto por Eder Douglas Santana Macedo, ao qual a colenda Sexta Turma, por maioria, dá provimento para afastar a cassação de sua aposentadoria.*

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Sra. Presidente, não tenho dúvida em acompanhar V. Exa. no que se refere ao agravo do Ministério Público.

Porém, no que se refere ao recurso especial do recorrente, servidor Éder Douglas Santana Macedo, ousou divergir. Entendo que, no caso, o art. 92 do Código Penal apresenta hipóteses estreitas de penalidade, entre as quais não se encontra a perda da aposentadoria. Não há, como na Lei n. 8.112/1990, previsão expressa de perda da aposentadoria.

Como o servidor não ocupa mais o cargo, penso que ele não pode perdê-lo. Entendo eu que deveria haver previsão expressa para a perda da aposentadoria.

Então, nesse particular, eu daria provimento ao recurso especial.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo em recurso especial, interposto pelo Ministério Público, e dou provimento ao recurso especial, interposto por Éder Douglas Santana Macedo, para afastar a cassação da sua aposentadoria.*

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Trata-se de recurso especial interposto por *Eder Douglas Santana Macedo*, com base no artigo 105, inciso III, letras **a** e **c**, da Constituição Federal, por violação do art. 92, inciso I, alínea **b**, do Código Penal, além de divergência jurisprudencial. Trata-se, também, de agravo interposto pelo *Ministério Público*

Federal, com vistas à subida de recurso especial pela letra **a**, em que se alega violação dos artigos 70, primeira parte, e 73 do Código Penal, bem assim dos artigos 18, segunda parte, 69 e 70, segunda parte, todos do Código Penal.

Os recursos insurgem-se contra solução adotada no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, assim ementado:

Penal e Processo Penal. Apelação. Homicídios duplamente qualificados (art. 121, § 2º, I e IV, CP). Saguão do aeroporto de Brasília. Pena. Redimensionamento. Confissão espontânea. Concurso formal. Gravidade do delito. Majoração. Razoabilidade. Recursos. Provimento parcial. 1. Cuidando-se de delitos cuja gravidade restou amplamente demonstrada nos autos, eis que praticado no saguão do Aeroporto Internacional de Brasília, colocando em risco a vida de inúmeras outras pessoas, agente portando duas armas (pistola 380 e revólver. 38), com munição de sobra, evidente que sua culpabilidade extrapolou a definição típica. 2. As circunstâncias do delito também pesam em desfavor do réu, uma vez que provocou a situação que culminou com a morte do cunhado e do filho deste, resultante de inveja e da incapacidade de conviver com a felicidade alheia. 3. Se o réu, em seu interrogatório traduz toda a dinâmica dos acontecimentos, há de ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea. 4. Se o réu mata duas pessoas, uma delas em erro de execução, aplicam-se as disposições atinentes ao concurso formal, segundo dogmática do art. 73 do Código Penal. 5. A apuração do *quantum* de aumento pelo concurso formal (art. 70, CP) leva em conta o número de vidas ceifadas. Precedente (STJ. HC n. 121.604-SP, Ministro Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. DJe 3.11.2009). 6. Recursos parcialmente providos, sem alteração do resultado.

O acusado havia sido condenado, em sentença, à pena de 18 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, por ter o magistrado entendido haver concurso formal de crimes.

Sustenta o recorrente *Eder Douglas Santana Macedo* que não consta no tipo penal do artigo 92, I, **b**, do Código Penal, a penalidade de cassação da aposentadoria. É que na data em que proferida a sentença já se encontrava aposentado em razão de doença incurável, motivo pelo qual não pode mais perder o cargo.

Já o agravo do *Ministério Público* pretente ver reconhecido que o crime foi cometido em concurso material ou, alternativamente, em concurso formal impróprio. O recurso especial que originou este agravo deixou de ser admitido pelo Tribunal *a quo* ao fundamento de que o exame da matéria demandaria revolvimento de matéria de fato.

A eminente Min. *Maria Thereza de Assis Moura* negou provimento ao recurso especial, declarando que a real abrangência do termo “perda do cargo” deve ser avaliada no momento do delito e que, por isso, incidem os efeitos do artigo 92 do Código Penal sobre a aposentadoria no sentido de desconstituí-la em virtude da perda do cargo.

No tocante ao agravo do *Ministério Público*, negou-lhe provimento por entender que seu exame esbarra no óbice da Súmula n. 7, STJ.

O eminente Min. *Sebastião Reis Junior* votou com a Relatora em relação ao agravo, mas divergiu no tocante ao recurso especial, entendendo que, como o recorrente não ocupa mais o cargo, não se pode estender a pena à cassação da aposentadoria, vez que este comando não está expresso no artigo 92, do Código Penal.

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

Salvo melhor juízo, divirjo do entendimento da ilustre Relatora nos dois processos e, em parte, do eminente Min. *Sebastião*, quanto ao agravo de instrumento.

A respeito do recurso especial de *Eder Douglas Santana Macedo*, que sustenta que a pena de perda do cargo não implica na perda da aposentadoria, trata-se de matéria de difícil solução, em que ambos os entendimentos me parecem razoáveis. Todavia, filio-me melhor à corrente que entende que o efeito extrapenal da perda do cargo, previsto no artigo 92 do Código Penal não alcança a aposentadoria. O tipo penal descrito no referido dispositivo diz expressamente que “*são efeitos da condenação:*

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.”

A letra da lei delimita que o efeito da condenação será a perda do cargo. Desta feita, decretar a cassação da aposentadoria seria conferir interpretação extensiva ao dispositivo penal, em desfavor do réu, o que contraria o princípio da legalidade.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci:

A aposentadoria, que é o direito à inatividade remunerada, não é abrangida pelo disposto no art. 92. A condenação criminal, portanto, somente afeta o servidor ativo, ocupante efetivo de cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

Caso já tenha passado à inatividade, não mais estando em exercício, não pode ser afetado por condenação criminal, ainda que esta advenha de fato cometido quando ainda estava ativo. Se for cabível, a medida de cassação da aposentadoria deve dar-se na órbita administrativa, não sendo atribuição do juiz criminal (*in* Código Penal Comentado, Ed. Revista dos Tribunais, 10ª Edição, p. 525).

Neste mesmo sentido votou a Min. *Laurita Vaz*, nos autos do REsp n. 914.405, RS, em que ficou vencida, Rel. para o acórdão o eminente Min. *Gilson Dipp*. Na ocasião, assim expressou a Ministra:

Importante ressaltar que o rol do art. 92 do Código Penal é taxativo, não sendo possível a ampliação ou flexibilização da norma, em evidente prejuízo do réu, restando vedada qualquer interpretação extensiva ou analógica desses efeitos.

Essa situação, ao contrário do exposto no parecer ministerial, não se confunde com a questão relativa à cassação de aposentadoria, que poderá ocorrer na esfera administrativa.

Assim, quanto ao recurso especial, acompanho a divergência do eminente Min. *Sebastião Reis Junior*.

No tocante ao agravo de instrumento interposto pelo *Ministério Público Federal*, ousou divergir de ambos os colegas, no sentido de que a reforma do acórdão quanto ao concurso de crimes demandaria o reexame de provas.

A interpretação dos fatos tal como narrados no douto acórdão, permite-me concluir que houve concurso formal impróprio ou imperfeito (art. 70, 2ª parte, CP) e não mero concurso formal perfeito de crimes, sem que isto signifique ofensa à Súmula n. 7, STJ.

Nem se diga que semelhante matéria não pode ser analisada em recurso especial.

Há um precedente desta Corte que envolve tema em tudo análogo ao presente, em que se conheceu da espécie, em recurso especial, *verbis*:

Criminal. *Habeas corpus*. Latrocínio. Concurso formal impróprio. Artigo 70, 2ª parte, do Código Penal. Desígnios autônomos. Paciente que, mediante uma só ação e com propósitos diversos, praticou dois crimes, atingindo dois resultados. Penas cumulativamente aplicadas. Ordem denegada.

Tipifica-se a conduta do agente que, mediante uma só ação, dolosamente e com desígnios autônomos, pratica dois ou mais crimes, obtendo dois ou mais resultados, no art. 70, 2ª parte, do Código Penal - concurso formal impróprio, aplicando-se as penas cumulativamente. No presente caso, o paciente, no intuito de subtrair coisa móvel alheia para si, matou uma vítima e feriu outra, gravemente.

Precedentes do STJ.

Ordem denegada (REsp n. 138.557, PE, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, DJe 8.11.2010).

O referido julgado cita, inclusive, precedente do Supremo Tribunal Federal, que abriga tal tese (HC n. 73.548, SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 17.5.1996).

A respeito da essência dos fatos, lê-se no julgado recorrido:

Na esteira do entendimento esposado pela d. autoridade sentenciante, acolho diretiva de que o réu praticou ação única. Relatou o agente que seu cunhado o teria empurrado, momento em que, desequilibrado, sacou sua pistola e efetuou vários disparos na direção de Carlos Alberto, vindo a acertar também Carlos Daniel, que estava próximo.

É de se reconhecer que não há relatos de que tenha mirado e querido isoladamente a morte de Carlos Daniel. Assim, Atirando com vontade de matar Carlos Alberto, atingiu a segunda vítima, no mesmo contexto (fl. 156).

Logo, inviável a aplicação do concurso formal impróprio, haja vista que o apelado não atuou com desígnio autônomo (art. 70, parte final, CP). Se o réu mata duas pessoas, uma delas em erro de execução, aplicam-se as disposições atinentes ao concurso formal, segundo dogmática do art. 73, do Código Penal. Esse entendimento abarcado pela d. autoridade judiciária de primeiro grau (fl. 1.605).

Ora, não é preciso adentrar maiormente na prova para se concluir que aquele que desfecha vários tiros em direção a uma pessoa, que está ao lado de outra, no mínimo corre o risco de acertar esta outra pessoa, dadas três singularidades incontestáveis: a proximidade das pessoas, o meio mortífero empregado e o número de disparos. O reclamado desígnio autônomo é dessumido da própria dinâmica dos fatos!

Mesmo querendo acertar um e vindo a acertar outro, que estava a seu lado, acertando a ambos, num mesmo contexto, por evidência, o atirador correu o risco de gerar este segundo resultado, aceitando-o de antemão, não desistindo, mesmo face à proximidade de outra pessoa. Ou seja, *“dê no que der, ocorra o que ocorrer, eu não deixo de agir”!*

Por evidente, a melhor interpretação dos arts. 70 e 73 do Código Penal, para o caso *sub judice*, quanto ao erro na execução (*aberratio ictus*) é de que o concurso formal perfeito só tem lugar quando há culpa, e não quando há dolo direto ou eventual, como nos autos. A hipótese de erro culpável, com aplicação da primeira parte do art. 70 do Código Penal, ocorre em circunstâncias, onde,

por exemplo, uma das vítimas, ou está muito distante da visada, ou semi-escondida, mas não quando uma está ao lado da outra ou outras.

Ante o exposto, voto com a divergência, no sentido de dar provimento ao recurso especial de *Eder Douglas Santana Macedo* para resguardar-lhe a aposentadoria e, quanto ao agravo do *Ministério Público Federal*, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para reconhecer o concurso formal impróprio de crimes, somando-se os apenamentos fixados pelo acórdão, redundando o *quantum* final em 28 (vinte e oito) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Og Fernandes: Como precisamente relatado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, cuida-se de recurso especial interposto pela defesa, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional e, também, de agravo no recurso especial interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

No apelo extremo interposto pela defesa, alega-se violação ao art. 92, inciso I, **b**, do Código Penal, bem como divergência jurisprudencial. Já no agravo ministerial, volta-se aquele órgão contra decisão que impediu o processamento do seu recurso especial em que alegava afronta aos arts. 70 e 73 do Código Penal e negativa de vigência aos arts. 18, 69 e 70, também do Código Penal.

A razão do meu pedido de vista cinge-se a um único aspecto que me chamou a atenção: o fato de o recorrente, *condenado à pena de 18 (dezoito) anos e 8 (oito) meses de reclusão, por homicídio qualificado, ter sua aposentadoria como Agente Administrativo da Polícia Federal cassada com base no art. 92, I, b do Código Penal.*

Ressaltando, desde já, que quanto as demais questões, que foram bem analisadas, *compartilho do mesmo entendimento externado pela ilustre Relatora.*

Pois bem. O principal efeito da sentença condenatória, evidentemente, é impor a sanção penal (pena/multa), sendo que a existência de outros efeitos, advindos de tal decisão, os denominados efeitos secundários, nada mais representam do que conseqüências ou reflexos da condenação.

Assim, os efeitos secundários delineados no art. 91 do Código Penal são automáticos, vale dizer, não dependem de declaração na sentença condenatória e, operam-se por si mesmos.

Entretanto, os efeitos secundários previstos no art. 92 do referido diploma legal são conhecidos como facultativos e extrapenais porque devem ser declarados, *motivadamente*, pelo juiz na condenação, encerrando sanções de cunho civil ou administrativo. Nesse particular, extrai-se da Exposição de Motivos do Código Penal o seguinte:

A novidade do Projeto, nesta matéria, reside em atribuir outros efeitos à condenação, consistentes na perda do cargo, função pública ou mandato eletivo; na incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, e na inabilitação para dirigir veículo (art. 92, I, II, III). Contudo, ***tais efeitos não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença*** (parágrafo único do art. 92).

Isso quer dizer que não bastam os requisitos objetivos previstos (*v.g.* crime funcional e pena superior a quatro anos; crime contra filho; tutelado ou curatelado, punível com reclusão; utilização de veículo como meio para prática de crime doloso), cumpre também examinar a conveniência no caso concreto, já que o efeitos não guardam características retributivas, mas estão orientados pela finalidade de prevenção, seja para assegurar a moralidade e o interesse público, ou mesmo para inviabilizar a manutenção de situações que propiciem nova prática delitiva.

Válidas as lições de Celso Delmanto:

Os efeitos extrapenais específicos previstos neste art. 92 não são consequência automática da condenação, mesmo quando preenchem seus pressupostos. Eles dependem de ser motivadamente declarados na sentença. Ou seja, para terem, realmente, os efeitos assinalados, é imprescindível que a sentença os declare expressamente, dando os motivos pelos quais a condenação terá as consequências específicas do art. 92, I a III. (in "Código Penal Comentado". 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2000, p. 164).

Do art. 92 do Código Penal, destaca-se, no inciso I, a *perda do cargo, função pública ou mandato eletivo*, que é complementado pelas letras **a** e **b** (o juiz poderá decretar a perda do cargo na prática de crimes funcionais com pena privativa de liberdade maior ou igual a um ano, ou na prática de crimes comuns com pena também privativa de liberdade superior a quatro anos, esta última que foi aplicada ao caso vertente).

Para o presente caso, importa-nos o efeito relativo à perda do cargo e, nesse aspecto, impõe-se, por oportuno, que se defina a abrangência desse termo.

Indo ao Direito Administrativo, observa-se, segundo **Celso Antônio Bandeira de Mello**, que “cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei” (*in* “Curso de Direito Administrativo”, 25ª ed. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 250). O cargo público, portanto, submete o servidor a um regime criado especificamente para tutelar tais agentes, qual seja, o regime estatutário ou institucional, de caráter não contratual, regido, essencialmente, pela Lei n. 8.112/1990.

Para **José dos Santos Carvalho Filho**, “é o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente.” (*in* “Manual de Direito Administrativo”, 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 581).

Assim, verifica-se que cargo público se relaciona com a posição topográfica ocupada pelo servidor dentro da Administração Pública (ainda que essa ocupação se dê transitoriamente, como prevê o art. 327 do Código Penal) e, a previsão de perda do cargo, inserta no art. 92, I, do mesmo Diploma legal, visa atingir, precisamente, essa posição.

O problema se apresenta quando, como efeito da condenação, o cargo que se visava atingir não mais é ocupado pelo servidor, em razão de sua aposentadoria – *hipótese dos autos*. Vale dizer, os efeitos a que alude o art. 92 se estenderiam até a aposentadoria do servidor condenado, dando azo a sua cassação?

Em relação a esse aspecto há, resumidamente, três posições – jurisprudenciais e doutrinárias – que merecem destaque: 1) seria possível a cassação da aposentadoria porque ela decorre do exercício do cargo; 2) seria possível a cassação da aposentadoria nas hipóteses em que o fato delituoso tenha ocorrido quando o agente exercia ativamente o cargo e, no decorrer do processo, aposentou-se; e 3) jamais seria possível a cassação da aposentadoria como efeito de sentença penal condenatória.

O Superior Tribunal de Justiça, como destacou com clareza a ilustre Ministra Relatora, tem se inclinado para a segunda hipótese, ou seja, legitimase a cassação da aposentadoria quando a prática do crime se deu na atividade ou exercício do cargo (*v.g.* REsp n. 914.405-RS, DJe de 14.2.2011; RMS n.

22.750-SP, DJe de 19.5.2008; RMS n. 18.763-RJ, DJ de 13.2.2006; RMS n. 13.934-SP, DJ de 12.8.2003; entre outros).

Em relação a essa orientação que vem sendo adotada nesta Corte e, também, às demais posições doutrinárias e jurisprudenciais que rapidamente alinharei alhures, gostaria de fazer algumas ponderações.

Primeiramente, há que se sobrelevar a nítida, porque não dizer evidente, diferenciação do que vem a ser cargo público e aposentadoria em razão do exercício da função inerente a esse cargo.

Se cargo, como afirmei resumidamente em linhas atrás, é a posição topográfica do servidor dentro da Administração, a aposentadoria, nas palavras de Lins de Barros é “como um ritual de passagem para um novo momento da vida, cuja nova função, a princípio, seria uma não-função, ou o ócio” (*in* “Trajetória dos Estudos de Velhice no Brasil”. Sociologia, Problemas e Práticas, n. 52, 2006, p. 109).

Seria, portanto, segundo Wladimir Novais Martinez, o afastamento com remuneração de um servidor de suas atividades após cumprir uma série de requisitos estabelecidos em lei (*in* “Princípios do Direito Previdenciário”. 3ª ed. São Paulo: LTr.,1995. p. 259.); ou, como afirma Wagner Balera, prestações pecuniárias, destinadas a prover a subsistência nas eventualidades que impossibilitem de, por seu esforço, auferir recursos, ou a reforçar-lhes os ganhos para enfrentar encargos de família, ou amparar, em caso de morte, o que delas dependiam economicamente. (*in* “Curso de Direito Previdenciário”. 4ª ed. São Paulo: LTr.,1998. p. 73).

A distinção entre ambos (cargo e aposentadoria) se torna ainda mais nítida quando se analisa o instituto da vacância, que nada mais é do que um ato administrativo pelo qual o servidor é destituído do cargo, emprego ou função pública.

Segundo o art. 33 da Lei n. 8.112/1990, a vacância do cargo público pode decorrer de exoneração, demissão, promoção, readaptação, **aposentadoria**, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento. Nesse ponto, destaco o que disse

José do Santos Carvalho Filho:

Diversos podem ser os fatos que geram a situação de vacância. Dois deles bem conhecidos são a exoneração e a demissão, sobre as quais teceremos alguns comentários adiante. Também a transferência, a promoção, a readaptação e a ascensão provocam a vacância cujos titulares passam a ocupar outros cargos. Por

fim, a aposentadoria e o falecimento do servidor: pelo fato de extinguirem a relação estatutária, provocam situação de vacância dos cargos anteriormente titularizados pelo servidor aposentado ou falecido. (Santos, *op. cit.*, p. 593).

Veja-se que com a aposentadoria há a extinção da relação estatutária, com o nascimento de uma nova situação jurídica, repita-se: cargo não se confunde com aposentadoria, apesar desta ser uma consequência do exercício das funções inerentes àquela.

Aliás, o tema aposentadoria é tão complexo e profundo que, desde o advento da Constituição 1988 já foram aprovadas três emendas constitucionais (n. 20/1998, n. 41/2003 e n. 47/2005) que trataram da questão, com alterações substantivas na previdência dos servidores públicos, sendo que, recentemente veio à lume um novo regime de previdência.

Situações distintas que são, portanto, não há como se estender a idéia contida no art. 92, inciso I, do Código Penal para casos de aposentadoria, seja em que etapa for, isto é, ainda que a aposentadoria ocorra posteriormente ao fato delituoso, como no caso dos autos.

Isso porque o servidor, mesmo vindo a ser aposentar durante o curso do processo, ensejou, em sua completude, os requisitos legais para alçar essa nova situação jurídica, o que não pode ser abalado em razão de haver sido iniciado um processo criminal.

Os efeitos a que alude o art. 92 são previstos em relação *numerus clausus* e não permitem qualquer interpretação extensiva, principalmente aquela que atinge o direito a aposentadoria. Válidas e pertinentes as lições de Nucci, as quais me filio:

Afinal, se a condenação criminal permite a perda do cargo e da função, logicamente deve-se abranger o emprego público, cuja diferença única existente com o cargo é que o ocupante deste é submetido a regime estatutário, enquanto o ocupante de emprego público é submetido a regime contratual (CLT). A aposentadoria, que é direito a inatividade remunerada, não é abrangida pelo disposto no art. 92. a condenação criminal, portanto, somente afeta o servidor ativo, ocupante efetivo de cargo, emprego, função ou mandato eletivo. *Caso já tenha passado à inatividade, não mais estando em exercício, não pode ser afetado por condenação criminal, ainda que esta advenha de fato cometido quando ainda estava ativo. Se for cabível, a medida de cassação da aposentadoria deve dar-se na órbita administrativa, não sendo atribuição do juiz criminal.* (in Código Penal Comentado. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 525).

Parece-me bem colocadas as suas palavras. Refoge à alçada do juiz criminal imiscuir-se na cassação de aposentadoria.

Mas não é só isso. Há um outro prisma, também relevante, que merece atenção.

Não se olvide que a sanção oriunda de uma sentença penal condenatória é o instrumento de intervenção mais gravoso contra a vida privada de uma pessoa.

Ao aceitarmos a cassação da aposentadoria *como efeito dessa condenação* e sem um processo específico, estaríamos, no mínimo, e a meu juízo, impondo mais uma penalidade, também extremante gravosa, de retirada de uma prestação alimentar inalienável, impenhorável e indisponível, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, em primeiro lugar e, em segundo lugar, o princípio da proporcionalidade, aqui entendido como um dos aspectos do devido processo legal.

É preciso enfatizar que a dignidade da pessoa humana – alçada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF/1988, art. 1º, III) e que é vetor identificador dos direitos fundamentais – apenas estará assegurada quando for possível ao homem uma existência que lhe permita a plena fruição de todos os direitos fundamentais. Trata-se de um princípio construído através da história e consagra um valor que visa proteger o ser humano contra tudo que lhe possa levar a diminuição de importância.

Nesse particular, merece destaque, no que interessa, aresto proferido pelo Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Celso de Mello (RE n. 477.554-MG, DJe de 25.8.2011), que esclarece, com a didática que lhe é costumeira, o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana:

(...)

Dignidade da pessoa humana e busca da felicidade. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como

fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal e a proteção das minorias. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina.

Visto dessa forma, não há como se indagar, ao analisar o presente caso concreto, se a cassação da aposentadoria, **como simples efeito de uma sentença penal**, não atingiria o mínimo fundamental de uma existência sem perder de vista o crime a que o recorrente foi condenado.

Estamos a tratar de alguém que suporta uma doença grave, já que segundo notícia a defesa, ele estaria com Aids. Ora, retirar-lhe a aposentadoria sem que lhe dê ampla possibilidade de defesa do ato de cassação, representa, em última análise, subtrair-lhe um direito fundamental.

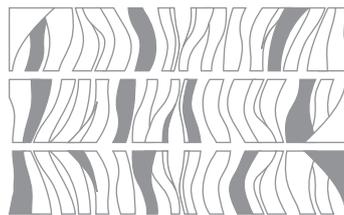
Isso sem falar na violação da proporcionalidade, já que a aposentadoria representa ato complexo e seria atingida, sem o devido processo legal, pelo singelo efeito de uma condenação criminal sem relação com o cargo exercido pelo recorrente e, por conseguinte, com seu direito de aposentação.

Nesse ponto, incorporo, como minhas, as belas palavras do Ministro Ayres Britto, por ocasião do julgamento do HC n. 110.952-RS, nestes termos:

A justiça não tem como se incorporar, sozinha, à concreta situação das protagonizações humanas, exatamente por ser ela a própria resultante de uma certa cota de razoabilidade e proporcionalidade na historicização de valores positivos (os mencionados princípios da liberdade, da igualdade, da segurança, bem-estar, desenvolvimento, etc.). Daí que falar do valor da justiça é falar dos outros valores que dela venham a se impregnar por se dotarem de um certo

quantum de ponderabilidade, se por este último termo (ponderabilidade) englobarmos a razoabilidade e a proporcionalidade no seu processo de concreta incidência. Assim como falar dos outros valores é reconhecê-los como justos na medida em que permeados desse efetivo *quantum* de ponderabilidade (mescla de razoabilidade e proporcionalidade, torna-se a dizer). Tudo enlaçado por um modo sinérgico, no sentido de que o juízo de ponderabilidade implica o mais harmonioso emprego do pensamento e do sentimento do julgador na avaliação da conduta do agente em face do seu subjetivado histórico de vida e da objetividade da sua concreta conduta alegadamente delitiva.

Com esses fundamentos, peço vênica para acompanhar a divergência inaugurada pelo Ministro Sebastião Reis Júnior somente para dar provimento ao recurso especial interposto pelo recorrente, acompanhando, no mais, o voto da Ministra Relatora.



Súmulas

SÚMULA N. 479

As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.

Referências:

CC/2002, art. 927, parágrafo único.

CDC, arts. 14, § 3º, II, e 17.

CPC, art. 543-C.

Precedentes:

AgRg no Ag	997.929-BA	(4ª T, 12.04.2011 – DJe 28.04.2011)
AgRg no Ag	1.235.525-SP	(4ª T, 07.04.2011 – DJe 18.04.2011)
AgRg no Ag	1.292.131-SP	(3ª T, 17.06.2010 – DJe 29.06.2010)
AgRg no Ag	1.345.744-SP	(4ª T, 10.05.2011 – DJe 07.06.2011)
AgRg no Ag	1.357.347-DF	(4ª T, 03.05.2011 – DJe 09.05.2011)
AgRg no Ag	1.430.753-RS	(3ª T, 03.05.2012 – DJe 11.05.2012)
AgRg no AREsp	80.075-RJ	(4ª T, 15.05.2012 – DJe 21.05.2012)
REsp	685.662-RJ	(3ª T, 10.11.2005 – DJ 05.12.2005)
REsp	1.045.897-DF	(3ª T, 24.05.2011 – DJe 1º.06.2011)
REsp	1.093.617-PE	(4ª T, 17.03.2009 – DJe 23.03.2009)
REsp	1.197.929-PR(*)	(2ª S, 24.08.2011 – DJe 12.09.2011)
REsp	1.199.782-PR(*)	(2ª S, 24.08.2011 – DJe 12.09.2011)

Segunda Seção, em 27.6.2012

DJe 1º.8.2012

SÚMULA N. 480

O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa.

Precedentes:

AgRg no CC	99.583-RJ	(2ª S, 24.06.2009 – DJe 17.08.2009)
AgRg no CC	103.507-RJ	(2ª S, 28.10.2009 – DJe 09.11.2009)
AgRg no CC	113.280-MT	(2ª S, 27.10.2010 – DJe 04.11.2010)
AgRg no CC	114.993-RJ	(2ª S, 25.05.2011 – DJe 02.06.2011)
AgRg nos EDcl no		
CC	105.666-RJ	(2ª S, 14.10.2009 – DJe 27.10.2009)
CC	103.437-SP	(2ª S, 23.09.2009 – DJe 30.09.2009)
CC	103.711-RJ	(2ª S, 10.06.2009 – DJe 24.09.2009)
CC	115.272-SP	(2ª S, 11.05.2011 – DJe 20.05.2011)
EDcl no CC	103.732-RJ	(2ª S, 23.06.2010 – DJe 30.06.2010)

Segunda Seção, em 27.6.2012

DJe 1º.8.2012

SÚMULA N. 481

Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.

Referência:

Lei n. 1.060/1950.

Precedentes:

AgRg no AREsp	126.381-RS	(3ª T, 24.04.2012 – DJe 08.05.2012)
AgRg no AREsp	130.622-MG	(1ª T, 17.04.2012 – DJe 08.05.2012)
AgRg nos EAg	833.722-MG	(CE, 12.05.2011 – DJe 07.06.2011)
EAg	1.245.766-RS	(CE, 16.11.2011 – DJe 27.04.2012)
EREsp	603.137-MG	(CE, 02.08.2010 – DJe 23.08.2010)
EREsp	690.482-RS	(CE, 15.02.2006 – DJ 13.03.2006)
EREsp	1.185.828-RS	(CE, 09.06.2011 – DJe 1º.07.2011)
REsp	431.239-MG	(4ª T, 03.10.2002 – DJ 16.12.2002)

Corte Especial, em 28.6.2012

DJe 1º.8.2012

SÚMULA N. 482

A falta de ajuizamento da ação principal no prazo do art. 806 do CPC acarreta a perda da eficácia da liminar deferida e a extinção do processo cautelar.

Referência:

CPC, arts. 806 e 808.

Precedentes:

AgRg no Ag	810.122-RJ	(4ª T, 26.02.2008 – DJe 17.03.2008)
AgRg no Ag	1.070.063-DF	(2ª T, 18.11.2008 – DJe 09.03.2009)
AgRg no Ag	1.319.930-SP	(2ª T, 07.12.2010 – DJe 03.02.2011)
AgRg no REsp	1.124.514-DF	(1ª T, 24.11.2009 – DJe 1º.12.2009)
EREsp	327.438-DF	(CE, 30.06.2006 – DJ 14.08.2006)
REsp	401.531-RJ	(4ª T, 02.02.2010 – DJe 08.03.2010)
REsp	442.496-RS	(2ª T, 04.05.2006 – DJ 14.08.2006)
REsp	443.941-MG	(2ª T, 04.09.2008 – DJe 06.10.2008)
REsp	528.525-RS	(1ª T, 06.12.2005 – DJ 1º.02.2006)
REsp	704.538-MG	(4ª T, 15.04.2008 – DJe 05.05.2008)
REsp	775.977-SC	(4ª T, 04.12.2008 – DJe 18.12.2008)
REsp	805.113-RS	(2ª T, 23.09.2008 – DJe 23.10.2008)
REsp	830.308-RS	(2ª T, 25.03.2008 – DJe 16.04.2008)
REsp	923.279-RJ	(1ª T, 22.05.2007 – DJ 11.06.2007)
REsp	1.053.818-MT	(2ª T, 19.06.2008 – DJe 04.03.2009)
REsp	1.115.370-SP	(1ª T, 16.03.2010 – DJe 30.03.2010)

Corte Especial, em 28.6.2012

DJe 1º.8.2012

SÚMULA N. 483

O INSS não está obrigado a efetuar depósito prévio do preparo por gozar das prerrogativas e privilégios da Fazenda Pública.

Referências:

CPC, arts. 27 e 543-C.

Lei n. 8.620/1993, art. 8º.

Súmula n. 178-STJ.

Precedentes:

AgRg no REsp 1.038.274-PR (5ª T, 29.05.2008 – DJe 04.08.2008)

AgRg no REsp 1.253.956-CE (6ª T, 14.02.2012 – DJe 27.02.2012)

REsp 181.191-RS (6ª T, 13.10.1998 – DJ 09.11.1998)

REsp 249.991-RS (5ª T, 07.11.2002 – DJ 02.12.2002)

REsp 897.042-PI (5ª T, 03.04.2007 – DJ 14.05.2007)

REsp 988.468-RS (2ª T, 13.11.2007 – DJ 29.11.2007)

REsp 1.101.727-PR(*) (CE, 02.08.2010 – DJe 23.08.2010)

Corte Especial, em 28.6.2012

DJe 1º.8.2012

SÚMULA N. 484

Admite-se que o preparo seja efetuado no primeiro dia útil subsequente, quando a interposição do recurso ocorrer após o encerramento do expediente bancário.

Referência:

CPC, arts. 511 e 543-C.

Precedentes:

AgRg no Ag	843.672-RS	(3ª T, 26.08.2008 – DJe 11.09.2008)
AgRg no Ag	1.055.678-RJ	(3ª T, 23.02.2010 – DJe 10.03.2010)
AgRg no REsp	355.323-ES	(6ª T, 19.06.2008 – DJe 04.08.2008)
AgRg no REsp	655.511-SE	(6ª T, 16.04.2009 – DJe 04.05.2009)
AgRg no REsp	877.258-RN	(4ª T, 04.08.2011 – DJe 15.08.2011)
AgRg no REsp	906.743-RN	(4ª T, 06.08.2009 – DJe 24.08.2009)
AgRg no REsp	1.031.734-RS	(4ª T, 16.12.2008 – DJe 02.02.2009)
AgRg nos EREsp	711.929-DF	(CE, 15.10.2008 – DJe 20.11.2008)
EDcl no RMS	34.327-GO	(2ª T, 02.02.2012 – DJe 06.03.2012)
REsp	612.578-DF	(2ª T, 19.06.2007 – DJe 19.12.2008)
REsp	786.147-DF	(5ª T, 15.03.2007 – DJ 23.04.2007)
REsp	903.979-BA	(1ª T, 11.11.2008 – DJe 17.11.2008)
REsp	924.649-RS	(4ª T, 17.05.2007 – DJ 06.08.2007)
REsp	1.089.662-DF	(2ª T, 17.03.2009 – DJe 27.05.2009)
REsp	1.122.064-DF(*)	(CE, 1º.09.2010 – DJe 30.09.2010)

Corte Especial, em 28.6.2012

DJe 1º.8.2012

SÚMULA N. 485

A Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição.

Referências:

CPC, arts. 267, VII, e 301, IX.

Lei n. 9.307/1996.

Precedentes:

REsp	712.566-RJ	(3ª T, 18.08.2005 – DJ 05.09.2005)
REsp	791.260-RS	(3ª T, 22.06.2010 – DJe 1º.07.2010)
REsp	934.771-SP	(4ª T, 25.05.2010 – DJe 09.06.2010)
SEC	349-JP	(CE, 21.03.2007 – DJ 21.05.2007)
SEC	831-FR	(CE, 03.10.2007 – DJ 19.11.2007)
SEC	894-UY	(CE, 20.08.2008 – DJe 09.10.2008)

Corte Especial, em 28.6.2012

DJe 1º.8.2012

SÚMULA N. 486

É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família.

Referência:

Lei n. 8.009/1990, arts. 1º e 5º.

Precedentes:

AgRg no Ag	679.695-DF (5ª T, 11.10.2005 – DJ 28.11.2005)
AgRg no Ag	902.919-PE (1ª T, 03.06.2008 – DJe 19.06.2008)
AgRg no REsp	404.742-RS (2ª T, 25.11.2008 – DJe 19.12.2008)
AgRg no REsp	975.858-SP (2ª T, 27.11.2007 – DJ 07.12.2007)
AgRg nos EDcl no	
Ag	770.783-GO (3ª T, 21.08.2008 – DJe 11.09.2008)
EREsp	339.766-SP (2ª S, 26.05.2004 – DJ 23.08.2004)
REsp	243.285-RS (4ª T, 26.08.2008 – DJe 15.09.2008)
REsp	315.979-RJ (2ª S, 26.03.2003 – DJ 15.03.2004)
REsp	445.990-MG (2ª T, 09.11.2004 – DJ 11.04.2005)
REsp	698.750-SP (1ª T, 10.04.2007 – DJ 10.05.2007)
REsp	714.515-SP (4ª T, 10.11.2009 – DJe 07.12.2009)
REsp	735.780-DF (2ª T, 05.05.2005 – DJ 22.08.2005)
REsp	855.543-DF (2ª T, 21.09.2006 – DJ 03.10.2006)
REsp	1.095.611-SP (1ª T, 17.03.2009 – DJe 1º.04.2009)

Corte Especial, em 28.6.2012

DJe 1º.8.2012

SÚMULA N. 487

O parágrafo único do art. 741 do CPC não se aplica às sentenças transitadas em julgado em data anterior à da sua vigência.

Referências:

CF/1988, art. 5º, XXXVI.

CPC, arts. 543-C e 741, parágrafo único.

Lei n. 11.232/2005, art. 5º.

MP n. 2.180-35/2001, art. 10.

Precedentes:

AgRg no Ag	862.298-AL	(6ª T, 13.04.2010 – DJe 03.05.2010)
AgRg no Ag	1.207.743-PB	(5ª T, 09.02.2010 – DJe 22.03.2010)
AgRg no REsp	901.877-AL	(6ª T, 14.10.2008 – DJe 09.12.2008)
AgRg no REsp	901.984-AL	(6ª T, 22.05.2007 – DJ 18.06.2007)
AgRg no REsp	902.003-AL	(6ª T, 05.08.2010 – DJe 30.08.2010)
AgRg no REsp	904.567-AL	(6ª T, 19.02.2009 – DJe 16.03.2009)
AgRg no REsp	926.198-AL	(5ª T, 10.08.2010 – DJe 13.09.2010)
AgRg no REsp	987.935-RS	(5ª T, 04.02.2010 – DJe 15.03.2010)
AgRg no REsp	1.005.052-AL	(6ª T, 06.05.2010 – DJe 24.05.2010)
AgRg no REsp	1.031.092-AL	(1ª T, 18.08.2009 – DJe 31.08.2009)
AgRg no REsp	1.055.435-RS	(5ª T, 09.12.2008 – DJe 02.02.2009)
AgRg no REsp	1.181.747-RS	(5ª T, 14.12.2010 – DJe 1º.02.2011)
AgRg nos EAg	868.198-RS	(CE, 06.10.2010 – DJe 11.11.2010)
EREsp	690.498-RS	(3ª S, 28.06.2006 – DJ 02.08.2006)
EREsp	806.407-RS	(CE, 05.03.2008 – DJe 14.04.2008)
EREsp	1.050.129-SP	(CE, 12.05.2011 – DJe 07.06.2011)
EREsp	1.107.758-SC	(3ª S, 28.09.2011 – DJe 05.10.2011)

RE_{sp} 817.133-RN (2ª T, 17.03.2009 – DJe 25.05.2009)
RE_{sp} 833.769-SC (1ª T, 29.06.2006 – DJ 03.08.2006)
RE_{sp} 883.338-AL (6ª T, 16.08.2007 – DJ 1º.10.2007)
RE_{sp} 1.189.619-PE(*) (1ª S, 25.08.2010 – DJe 02.09.2010)
RE_{sp} 1.208.647-CE (2ª T, 14.12.2010 – DJe 04.02.2011)

Corte Especial, em 28.6.2012

DJe 1º.8.2012

SÚMULA N. 488

O § 2º do art. 6º da Lei n. 9.469/1997, que obriga à repartição dos honorários advocatícios, é inaplicável a acordos ou transações celebrados em data anterior à sua vigência.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 9.469/1997, art. 6º, § 2º.

MP n. 2.226/2001, art. 3º.

Precedentes:

AgRg no Ag 908.407-DF (6ª T, 18.11.2008 – DJe 09.12.2008)

AgRg no Ag 1.105.337-DF (5ª T, 18.06.2009 – DJe 17.08.2009)

AgRg no REsp 1.153.356-PR (6ª T, 18.05.2010 – DJe 07.06.2010)

AgRg no REsp 1.180.313-CE (6ª T, 23.03.2010 – DJe 17.05.2010)

AgRg no REsp 1.200.541-RJ (1ª T, 23.11.2010 – DJe 03.12.2010)

REsp 1.218.508-MG(*) (CE, 16.03.2011 – DJe 06.05.2011)

Corte Especial, em 28.6.2012

DJe 1º.8.2012

SÚMULA N. 489

Reconhecida a continência, devem ser reunidas na Justiça Federal as ações civis públicas propostas nesta e na Justiça estadual.

Referências:

CF/1988, art. 109, I.

CPC, arts. 105 e 115.

Precedentes:

CC	22.682-RS	(1ª S, 09.04.2003 – DJ 12.05.2003)
CC	40.534-RJ	(1ª S, 28.04.2004 – DJ 17.05.2004)
CC	56.460-RS	(1ª S, 28.02.2007 – DJ 19.03.2007)
CC	90.106-ES	(1ª S, 27.02.2008 – DJ 10.03.2008)
CC	112.137-SP	(2ª S, 24.11.2010 – DJe 1º.12.2010)

Corte Especial, em 28.6.2012

DJe 1º.8.2012

SÚMULA N. 490

A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Referências:

CPC, arts. 475, § 2º, e 543-C.

Lei n. 10.352/2001.

Precedentes:

EAg 877.007-RJ (CE, 03.11.2010 – DJe 23.11.2010)
EREsp 600.596-RS (CE, 04.11.2009 – DJe 23.11.2009)
EREsp 699.545-RS (CE, 15.12.2010 – DJe 10.02.2011)
EREsp 701.306-RS (CE, 07.04.2010 – DJe 19.04.2010)
EREsp 934.642-PR (CE, 30.06.2009 – DJe 26.11.2009)
EREsp 1.038.737-PR (CE, 09.06.2011 – DJe 24.06.2011)
REsp 1.101.727-PR(*) (CE, 04.11.2009 – DJe 03.12.2009)

Corte Especial, em 28.6.2012

DJe 1º.8.2012

SÚMULA N. 491

É inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional.

Referência:

LEP, art. 112.

Precedentes:

HC	46.478-PR	(6ª T, 26.04.2007 – DJe 04.08.2008)
HC	84.302-SP	(5ª T, 19.03.2009 – DJe 13.04.2009)
HC	112.138-SP	(5ª T, 19.08.2009 – DJe 13.10.2009)
HC	136.856-SP	(5ª T, 04.02.2010 – DJe 08.03.2010)
HC	151.268-PR	(6ª T, 20.04.2010 – DJe 10.05.2010)
HC	153.478-SP	(5ª T, 11.05.2010 – DJe 07.06.2010)
HC	157.861-SP	(5ª T, 27.05.2010 – DJe 02.08.2010)
HC	168.588-SP	(6ª T, 14.12.2010 – DJe 1º.02.2011)
HC	173.668-SP	(6ª T, 1º.09.2011 – DJe 14.09.2011)
HC	175.477-SP	(6ª T, 15.02.2011 – DJe 09.03.2011)
HC	191.223-SP	(5ª T, 1º.03.2012 – DJe 08.03.2012)

Terceira Seção, em 8.8.2012

DJe 13.8.2012

SÚMULA N. 492

O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente.

Referência:

ECA, art. 122.

Precedentes:

EDcl no HC	180.924-RJ	(6ª T, 1º.03.2011 – DJe 16.03.2011)
HC	157.364-SP	(6ª T, 16.06.2011 – DJe 28.06.2011)
HC	164.819-SP	(5ª T, 21.09.2010 – DJe 18.10.2010)
HC	173.636-PE	(6ª T, 16.09.2010 – DJe 04.10.2010)
HC	180.924-RJ	(6ª T, 03.02.2011 – DJe 21.02.2011)
HC	180.953-PE	(5ª T, 05.05.2011 – DJe 18.05.2011)
HC	185.474-SP	(5ª T, 07.04.2011 – DJe 28.04.2011)
HC	195.460-SP	(5ª T, 07.04.2011 – DJe 12.05.2011)
HC	202.970-SP	(6ª T, 19.05.2011 – DJe 1º.06.2011)
HC	213.778-RJ	(5ª T, 22.05.2012 – DJe 28.05.2012)
HC	223.113-SP	(5ª T, 14.02.2012 – DJe 1º.03.2012)
HC	229.303-SP	(5ª T, 20.03.2012 – DJe 30.04.2012)
HC	231.459-PE	(6ª T, 03.05.2012 – DJe 14.05.2012)
HC	236.694-PE	(6ª T, 03.05.2012 – DJe 16.05.2012)

Terceira Seção, em 8.8.2012

DJe 13.8.2012

SÚMULA N. 493

É inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto.

Referências:

CP, art. 44.

CPC, art. 543-C

LEP, art. 115.

Precedentes:

AgRg no HC	194.120-SP	(6ª T, 02.02.2012 – DJe 21.03.2012)
AgRg no REsp	1.102.543-PR	(6ª T, 15.03.2011 – DJe 04.04.2011)
HC	125.410-SP	(5ª T, 12.04.2011 – DJe 09.05.2011)
HC	139.457-SP	(5ª T, 17.05.2011 – DJe 1º.06.2011)
HC	164.326-SP	(5ª T, 14.06.2011 – DJe 1º.08.2011)
HC	167.390-SP	(6ª T, 10.05.2011 – DJe 25.05.2011)
HC	228.668-SP	(5ª T, 15.03.2012 – DJe 22.03.2012)
REsp	1.107.314-PR(*)	(3ª S, 13.12.2010 – DJe 05.10.2011)
REsp	1.110.823-PR(*)	(3ª S, 13.12.2010 – DJe 05.10.2011)
REsp	1.110.824-PR(*)	(3ª S, 13.12.2010 – DJe 05.10.2011)

Terceira Seção, em 8.8.2012

DJe 13.8.2012

SÚMULA N. 494

O benefício fiscal do ressarcimento do crédito presumido do IPI relativo às exportações incide mesmo quando as matérias-primas ou os insumos sejam adquiridos de pessoa física ou jurídica não contribuinte do PIS/PASEP.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 9.363/1996.

IN n. 23-SRF/1997, art. 2º, § 2º, revogada pela IN n. 313-SRF/2003, art. 41.

Precedentes:

REsp 586.392-RN (2ª T, 19.10.2004 – DJ 06.12.2004)

REsp 627.941-CE (2ª T, 15.02.2007 – DJ 07.03.2007)

REsp 719.433-CE (2ª T, 28.08.2007 – DJ 12.09.2007)

REsp 763.521-PI (2ª T, 11.10.2005 – DJ 07.11.2005)

REsp 767.617-CE (1ª T, 12.12.2006 – DJ 15.02.2007)

REsp 840.056-CE (1ª T, 10.04.2007 – DJ 07.05.2007)

REsp 921.397-CE (1ª T, 28.08.2007 – DJ 13.09.2007)

REsp 993.164-MG(*) (1ª S, 13.12.2010 – DJe 17.12.2010)

Primeira Seção, em 8.8.2012

DJe 13.8.2012

SÚMULA N. 495

A aquisição de bens integrantes do ativo permanente da empresa não gera direito a creditamento de IPI.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Decreto n. 4.544/2002, art. 164, I, revogado pelo Decreto n. 7.212/2010, art. 617.

Precedentes:

AgRg no REsp	639.948-SC	(2ª T, 17.12.2009 – DJe 04.02.2010)
AgRg no REsp	1.063.630-RJ	(1ª T, 16.09.2008 – DJe 29.09.2008)
AgRg no REsp	1.082.522-SP	(2ª T, 16.12.2008 – DJe 04.02.2009)
REsp	608.181-SC	(1ª T, 06.10.2005 – DJ 08.06.2006)
REsp	886.249-SC	(1ª T, 18.09.2007 – DJ 15.10.2007)
REsp	1.075.508-SC(*)	(1ª S, 23.09.2009 – DJe 13.10.2009)

Primeira Seção, em 8.8.2012

DJe 13.8.2012

SÚMULA N. 496

Os registros de propriedade particular de imóveis situados em terrenos de marinha não são oponíveis à União.

Referências:

CF/1988, art. 20, VII.

CC/2002, arts. 99 e 1.231.

CPC, art. 543-C.

DL n. 9.760/1946, arts. 1º, a, 2º, 3º e 198.

Precedentes:

Ag no REsp 1.241.554-SC (2ª T, 07.06.2011 – DJe 12.09.2011)

AgRg no AgRg no

REsp 1.095.327-RS (2ª T, 06.08.2009 – DJe 19.08.2009)

AgRg no REsp 1.066.073-RS (2ª T, 09.12.2008 – DJe 03.02.2009)

REsp 409.303-RS (1ª T, 27.08.2002 – DJ 14.10.2002)

REsp 693.032-RJ (2ª T, 25.03.2008 – DJe 07.04.2008)

REsp 798.165-ES (1ª T, 19.04.2007 – DJ 31.05.2007)

REsp 1.019.820-RS (1ª T, 16.04.2009 – DJe 07.05.2009)

REsp 1.124.885-RS (2ª T, 15.12.2009 – DJe 18.12.2009)

REsp 1.183.546-ES(*) (1ª S, 08.09.2010 – DJe 29.09.2010)

Primeira Seção, em 8.8.2012

DJe 13.8.2012

SÚMULA N. 497

Os créditos das autarquias federais preferem aos créditos da Fazenda estadual desde que coexistam penhoras sobre o mesmo bem.

Referências:

CTN, art. 187, parágrafo único.

CPC, art. 543-C.

Lei n. 6.830/1980, art. 29, parágrafo único.

Precedentes:

REsp 8.338-SP (2ª T, 08.09.1993 – DJ 08.11.1993)

REsp 131.564-SP (2ª T, 14.09.2004 – DJ 25.10.2004)

REsp 957.836-SP(*) (1ª S, 13.10.2010 – DJe 26.10.2010)

REsp 1.122.484-PR (2ª T, 15.12.2009 – DJe 18.12.2009)

REsp 1.175.518-SP (2ª T, 18.02.2010 – DJe 02.03.2010)

Primeira Seção, em 8.8.2012

DJe 13.8.2012

SÚMULA N. 498

Não incide imposto de renda sobre a indenização por danos morais.

Referências:

CTN, art. 43.

CPC, art. 543-C.

Precedentes:

AgRg no Ag 1.021.368-RS (1ª T, 21.05.2009 – DJe 25.06.2009)

AgRg no REsp 1.017.901-RS (1ª T, 04.11.2008 – DJe 12.11.2008)

REsp 402.035-RN (2ª T, 09.03.2004 – DJ 17.05.2004)

REsp 686.920-MS (2ª T, 06.10.2009 – DJe 19.10.2009)

REsp 865.693-RS (1ª T, 18.12.2008 – DJe 04.02.2009)

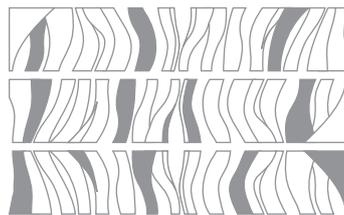
REsp 1.150.020-RS (2ª T, 05.08.2010 – DJe 17.08.2010)

REsp 1.152.764-CE(*) (1ª S, 23.06.2010 – DJe 1º.07.2010)

Primeira Seção, em 8.8.2012

DJe 13.8.2012

(*) Recurso representativo da controvérsia



Índice Analítico

A

- PrCv **Ação anulatória** - Via eleita inadequada - Perícia. REsp n. 1.286.501 - GO. RSTJ 227/710.
- PrCv Ação autônoma - Necessidade - Alienação - Desconstituição - Carta de arrematação - Expedição - **Execução**. REsp n. 1.219.093 - PR. RSTJ 227/485.
- PrCv **Ação civil pública** - Ministério Público - Aceitação - Não-obrigatoriedade - Termo de ajustamento de conduta. REsp n. 596.764 - MG. RSTJ 227/578.
- PrCv **Ação civil pública** - Reunião - Continência. Súmula n. 489-STJ. RSTJ 227/948.
- PrCv Ação de busca e apreensão - Prova pericial - Necessidade - **Sequestro internacional de crianças**. REsp n. 1.239.777 - PE. RSTJ 227/367.
- PrCv **Ação de cobrança** - Cotas condominiais - Valor exequendo - Parcelamento. REsp n. 1.264.272 - RJ. RSTJ 227/693.
- PrCv **Ação de repetição do indébito** - Prazo prescricional - Interrupção - Possibilidade - Taxa de Serviços Administrativos. REsp n. 1.274.601 - AM. RSTJ 227/266.
- PrCv Ação indenizatória - Relação de trabalho - **Competência** - Justiça do Trabalho. REsp n. 1.087.153 - MG. RSTJ 227/415.
- PrPn **Ação penal** - Improcedência - Crime licitatório - Dolo específico - Dano ao erário - Não-caracterização - Lei n. 8.666/1993, art. 89. APn n. 480 - MG. RSTJ 227/19.

- PrPn Ação penal - Trancamento - **Crime contra a ordem econômica** - Justa causa - Ausência. HC n. 203.103 - MG. RSTJ 227/776.
- PrCv **Ação principal** - Ajuizamento no prazo - Ausência - Liminar deferida - Perda da eficácia - Processo cautelar - Extinção. Súmula n. 482-STJ. RSTJ 227/940.
- PrCv **Ação rescisória** - Embargos à execução - Honorários advocatícios - Mandado de segurança - Execução. AR n. 4.365 - DF. RSTJ 227/173.
- Cv Acidente de consumo - Injeção em farmácia - Dano moral - Fato do serviço - Inversão do ônus da prova - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.131.385 - RJ. RSTJ 227/453.
- Cv Acidente de trânsito - CC/2002, art. 200 - Inaplicabilidade - Prescrição da pretensão indenizatória - Suspensão - Não-ocorrência - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.180.237 - MT. RSTJ 227/472.
- Cv Acidente de trânsito - Agressão física - Dano moral - Indenização - Majoração - **Responsabilidade civil**. REsp n. 839.923 - MG. RSTJ 227/607.
- Adm Acidente de trânsito - Rodovia estadual - Morte de menor - Dano moral - **Responsabilidade civil do Estado** - Trânsito de animais - Dever de fiscalização. AgRg no REsp n. 1.247.453 - MS. RSTJ 227/242.
- PrCv **Agravo de instrumento** - Peça essencial - Ausência. AgRg no Ag n. 1.391.012 - RJ. RSTJ 227/575.
- PrCv Agravo de instrumento - Não-cabimento - **Recurso especial** - Decisão denegatória de seguimento. AgRg no AREsp n. 76.087 - BA. RSTJ 227/229.
- PrCv Alienação - Desconstituição - Ação autônoma - Necessidade - Carta de arrematação - Expedição - **Execução**. REsp n. 1.219.093 - PR. RSTJ 227/485.
- Pn Aposentadoria superveniente ao delito - Cassação - Impossibilidade - **Crime de homicídio qualificado** - Perda do cargo público. REsp n. 1.250.950 - DF. RSTJ 227/911.
- Trbt Aquisição de bens - Ativo permanente da empresa - **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - Creditamento - Não-ocorrência. Súmula n. 495-STJ. RSTJ 227/954.
- PrPn Aquisição de bens - Licitação - Ausência - **Inquérito policial** - Trancamento - Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) - Administradores. HC n. 232.230 - SC. RSTJ 227/809.
- PrPn Arquivamento - Possibilidade - **Notícia-crime**. AgRg na Sd n. 293 - TO. RSTJ 227/80.

- Cv Assembleia Geral - Aprovação das contas sem ressalvas - Diretor financeiro - Responsabilização - Ausência - **Sociedade anônima**. REsp n. 1.313.725 - SP. RSTJ 227/533.
- PrCv *Astreintes* - Multa diária - **Embargos à execução de sentença** - Extinção do processo - Não-cabimento - Legitimidade ativa *ad causam* - Parte beneficiada. REsp n. 1.006.473 - PR. RSTJ 227/627.
- Pn **Ato infracional** - Tráfico de drogas - Medida socioeducativa de internação. Súmula n. 492-STJ. RSTJ 227/951.
- Adm Auxílio pré-escolar - Recebimento indevido - Improbidade administrativa - Não-ocorrência - **Servidor público** - Reintegração. MS n. 16.385 - DF. RSTJ 227/184.

B

- PrCv Bem hipotecado - Construção - **Embargos de terceiro** - Litisconsórcio passivo necessário unitário - Exequente e executado. REsp n. 601.920 - CE. RSTJ 227/583.
- Cv Buscas - Filtragem prévia - Desnecessidade - Conteúdo público - **Internet** - Provedor de serviço - Provedor de pesquisa - Resultados - Restrição - Não-cabimento. REsp n. 1.316.921 - RJ. RSTJ 227/553.

C

- PrCv Carta de arrematação - Expedição - Ação autônoma - Necessidade - Alienação - Desconstituição - **Execução**. REsp n. 1.219.093 - PR. RSTJ 227/485.
- Cv CC/2002, art. 200 - Inaplicabilidade - Acidente de trânsito - Prescrição da pretensão indenizatória - Suspensão - Não-ocorrência - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.180.237 - MT. RSTJ 227/472.
- Cv Cláusula limitativa - Abusividade - **Contrato de seguro** - Relação de consumo. REsp n. 1.293.006 - SP. RSTJ 227/498.
- Adm Comissão temporária - Não-cabimento - Polícia Federal - **Processo administrativo disciplinar** - Nulidade. MS n. 14.795 - DF. RSTJ 227/745.
- PrCv **Competência** - Ação indenizatória - Relação de trabalho - Justiça do Trabalho. REsp n. 1.087.153 - MG. RSTJ 227/415.
- Pn **Competência** - Execução penal - Justiça Federal - Presídio de segurança máxima. CC n. 121.666 - RJ. RSTJ 227/736.

- Trbt Conceito de lucro da empresa estrangeira - **Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)** - Retenção na fonte - Não-cabimento. REsp n. 1.161.467 - RS. RSTJ 227/323.
- Pn Condição especial ao regime aberto - Inadmissibilidade - **Pena substitutiva** - Fixação. Súmula n. 493-STJ. RSTJ 227/952.
- Cv Condôminos inadimplentes - Construção a preço de custo - Frações ideais - Leilão - **Incorporação imobiliária** - Valores pagos - Restituição. REsp n. 860.064 - PR. RSTJ 227/614.
- PrPn **Conflito de competência** - Inexistência - Juízos suscitados - Decisões convergentes. CC n. 116.490 - DF. RSTJ 227/723.
- PrCv Constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa - **Juízo da recuperação judicial** - Incompetência. Súmula n. 480-STJ. RSTJ 227/938.
- Cv Construção a preço de custo - Condôminos inadimplentes - Frações ideais - Leilão - **Incorporação imobiliária** - Valores pagos - Restituição. REsp n. 860.064 - PR. RSTJ 227/614.
- Cv Conteúdo público - Buscas - Filtragem prévia - Desnecessidade - **Internet** - Provedor de serviço - Provedor de pesquisa - Resultados - Restrição - Não-cabimento. REsp n. 1.316.921 - RJ. RSTJ 227/553.
- PrCv Continência - **Ação civil pública** - Reunião. Súmula n. 489-STJ. RSTJ 227/948.
- PrCv **Contrato administrativo** - Programa de inspeção e manutenção de veículos. AgRg na SLS n. 1.499 - SP. RSTJ 227/84.
- PrCv **Contrato com cláusula arbitral** - Data da celebração do contrato - Irrelevância - Lei de Arbitragem - Aplicabilidade. Súmula n. 485-STJ. RSTJ 227/943.
- Cv **Contrato de prestação de serviços** - *Internet* - Gratuidade do serviço - Irrelevância - Relação de consumo - Configuração. REsp n. 1.300.161 - RS. RSTJ 227/504.
- Cv **Contrato de seguro** - Cláusula limitativa - Abusividade - Relação de consumo. REsp n. 1.293.006 - SP. RSTJ 227/498.
- Cv Conversão de cruzeiros reais para reais - Critério - **Previdência privada**. REsp n. 909.861 - SC. RSTJ 227/437.
- PrCv CPC, art. 741, parágrafo único - **Sentença transitada em julgado**. Súmula n. 487-STJ. RSTJ 227/945.
- PrCv Crédito da Fazenda estadual - Crédito das autarquias federais - Preferência - **Penhora sobre o mesmo bem**. Súmula n. 497-STJ. RSTJ 227/956.

- PrCv Crédito das autarquias federais - Preferência - Crédito da Fazenda estadual - **Penhora sobre o mesmo bem**. Súmula n. 497-STJ. RSTJ 227/956.
- Pn Crédito tributário - Constituição definitiva - Necessidade - **Crime de descaminho** - Crime material. RHC n. 31.368 - PR. RSTJ 227/816.
- PrCv Credor - Alienação judicial - Preferência - **Execução fiscal** - Penhora - Precatório. REsp n. 1.304.923 - RS. RSTJ 227/284.
- Pn Crime continuado - Reconhecimento - Crime de atentado violento ao pudor - **Crime de estupro** - Lei n. 12.015/2009 - Retroatividade. HC n. 221.211 - MG. RSTJ 227/797.
- PrPn **Crime contra a ordem econômica** - Ação penal - Trancamento - Justa causa - Ausência. HC n. 203.103 - MG. RSTJ 227/776.
- Pn Crime de atentado violento ao pudor - Crime continuado - Reconhecimento - **Crime de estupro** - Lei n. 12.015/2009 - Retroatividade. HC n. 221.211 - MG. RSTJ 227/797.
- Pn **Crime de concussão** - Pena-base acima do mínimo legal - Legalidade. HC n. 156.490 - MS. RSTJ 227/868.
- Pn Crime de corrupção de menores - **Crime de roubo majorado** - Delação premiada - Não-configuração. HC n. 174.286 - DF. RSTJ 227/889.
- Pn **Crime de descaminho** - Crédito tributário - Constituição definitiva - Necessidade - Crime material. RHC n. 31.368 - PR. RSTJ 227/816.
- Pn **Crime de estupro** - Crime continuado - Reconhecimento - Crime de atentado violento ao pudor - Lei n. 12.015/2009 - Retroatividade. HC n. 221.211 - MG. RSTJ 227/797.
- Pn **Crime de homicídio qualificado** - Aposentadoria superveniente ao delito - Cassação - Impossibilidade - Perda do cargo público. REsp n. 1.250.950 - DF. RSTJ 227/911.
- Pn **Crime de homicídio qualificado** - Pena - Aumento - Impossibilidade - Protesto por novo júri. HC n. 205.616 - SP. RSTJ 227/904.
- Pn **Crime de homicídio qualificado** - Proibição de ausentar-se do País - Possibilidade - Sentença condenatória. HC n. 139.235 - GO. RSTJ 227/851.
- Pn **Crime de homicídio qualificado** - Revisão criminal - Absolvição - Possibilidade - Tribunal do Júri - Condenação. REsp n. 964.978 - SP. RSTJ 227/827.
- Pn Crime de lavagem de dinheiro - **Crime de tráfico de entorpecente** - Nulidade - Não-ocorrência - Sustentação oral - Limite de tempo - Possibilidade. HC n. 190.469 - GO. RSTJ 227/769.

- Pn **Crime de roubo duplamente majorado** - Pena - Dosimetria. HC n. 174.430 - PE. RSTJ 227/757.
- Pn **Crime de roubo majorado** - Crime de corrupção de menores - Delação premiada - Não-configuração. HC n. 174.286 - DF. RSTJ 227/889.
- Pn **Crime de tráfico de entorpecente** - Crime de lavagem de dinheiro - Nulidade - Não-ocorrência - Sustentação oral - Limite de tempo - Possibilidade. HC n. 190.469 - GO. RSTJ 227/769.
- PrPn Crime licitatório - **Ação penal** - Improcedência - Dolo específico - Dano ao erário - Não-caracterização - Lei n. 8.666/1993, art. 89. APn n. 480 - MG. RSTJ 227/19.
- Pn Crime material - Crédito tributário - Constituição definitiva - Necessidade - **Crime de descaminho**. RHC n. 31.368 - PR. RSTJ 227/816.

D

- Cv Dano moral - Acidente de consumo - Injeção em farmácia - Fato do serviço - Inversão do ônus da prova - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.131.385 - RJ. RSTJ 227/453.
- Cv Dano moral - Acidente de trânsito - Agressão física - Indenização - Majoração - **Responsabilidade civil**. REsp n. 839.923 - MG. RSTJ 227/607.
- Adm Dano moral - Acidente de trânsito - Rodovia estadual - Morte de menor - **Responsabilidade civil do Estado** - Trânsito de animais - Dever de fiscalização. AgRg no REsp n. 1.247.453 - MS. RSTJ 227/242.
- Cv Dano moral - Direito de vizinhança - **Indenização** - Cabimento. REsp n. 1.313.641 - RJ. RSTJ 227/518.
- Cv Dano moral - Indenização - Redução - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.313.643 - SP. RSTJ 227/523.
- PrCv Data da celebração do contrato - Irrelevância - **Contrato com cláusula arbitral** - Lei de Arbitragem - Aplicabilidade. Súmula n. 485-STJ. RSTJ 227/943.
- Trbt **Débito tributário estadual** - Compensação com precatório - Não-cabimento. AgRg no RMS n. 35.938 - PR. RSTJ 227/250.
- PrCv **Decisão interlocutória** - Recurso extraordinário - Retenção. AgRg na Pet n. 8.914 - RJ. RSTJ 227/74.
- Pn Delação premiada - Não-configuração - Crime de corrupção de menores - **Crime de roubo majorado**. HC n. 174.286 - DF. RSTJ 227/889.

- PrCv **Devedor** - Único imóvel residencial - Locação a terceiro - Impenhorabilidade - Requisitos. Súmula n. 486-STJ. RSTJ 227/944.
- Cv Direito de vizinhança - Dano moral - **Indenização** - Cabimento. REsp n. 1.313.641 - RJ. RSTJ 227/518.
- Cv Diretor financeiro - Responsabilização - Ausência - Assembleia Geral - Aprovação das contas sem ressalvas - **Sociedade anônima**. REsp n. 1.313.725 - SP. RSTJ 227/533.
- Adm **Dispensário de medicamentos** - Farmacêutico - Presença - Não-obrigatoriedade. REsp n. 1.110.906 - SP. RSTJ 227/196.
- PrPn Dolo específico - Dano ao erário - Não-caracterização - **Ação penal** - Improcedência - Crime licitatório - Lei n. 8.666/1993, art. 89. APn n. 480 - MG. RSTJ 227/19.

E

- PrCv Embargos à execução - **Ação rescisória** - Honorários advocatícios - Mandado de segurança - Execução. AR n. 4.365 - DF. RSTJ 227/173.
- PrCv **Embargos à execução de sentença** - *Astreintes* - Multa diária - Extinção do processo - Não-cabimento - Legitimidade ativa *ad causam* - Parte beneficiada. REsp n. 1.006.473 - PR. RSTJ 227/627.
- PrCv **Embargos de terceiro** - Bem hipotecado - Construção - Litisconsórcio passivo necessário unitário - Exequente e executado. REsp n. 601.920 - CE. RSTJ 227/583.
- PrCv **Embargos declaratórios** - Omissão - Inexistência - Reexame de matéria já decidida - Impossibilidade. EDcl no AgRg nos EAg n. 1.325.645 - SP. RSTJ 227/126.
- PrCv Embargos infringentes - Cabimento - **Honorários advocatícios** - Discussão. REsp n. 1.113.175 - DF. RSTJ 227/129.
- Trbt Encargos de depreciação e amortização - **PIS** - Cofins - Não cumulatividade. REsp n. 1.256.134 - SC. RSTJ 227/380.
- Trbt Energia elétrica efetivamente consumida - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Incidência. REsp n. 1.278.688 - RS. RSTJ 227/218.
- Adm **Estabelecimento prisional** - Vagas. AgRg nos EDcl na SLS n. 1.473 - PR. RSTJ 227/100.
- PrCv **Execução** - Ação autônoma - Necessidade - Alienação - Desconstituição - Carta de arrematação - Expedição. REsp n. 1.219.093 - PR. RSTJ 227/485.

- PrCv **Execução fiscal** - Credor - Alienação judicial - Preferência - Penhora - Precatório. REsp n. 1.304.923 - RS. RSTJ 227/284.
- Pn Execução penal - **Competência** - Justiça Federal - Presídio de segurança máxima. CC n. 121.666 - RJ. RSTJ 227/736.
- PrPn **Execução penal** - Falta disciplinar grave - Nulidade - Não-ocorrência - Procedimento administrativo disciplinar - Irregularidade. HC n. 189.184 - RS. RSTJ 227/893.
- PrCv Expediente bancário - Encerramento - Preparo - Primeiro dia útil subsequente - **Recurso** - Interposição. Súmula n. 484-STJ. RSTJ 227/942.
- Trbt Exportação - **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - Crédito presumido - Ressarcimento. Súmula n. 494-STJ. RSTJ 227/953.
- PrCv Extinção do processo - Não-cabimento - *Astreintes* - Multa diária - **Embargos à execução de sentença** - Legitimidade ativa *ad causam* - Parte beneficiada. REsp n. 1.006.473 - PR. RSTJ 227/627.

F

- PrPn Falta disciplinar grave - **Execução penal** - Nulidade - Não-ocorrência - Procedimento administrativo disciplinar - Irregularidade. HC n. 189.184 - RS. RSTJ 227/893.
- Adm Farmacêutico - Presença - Não-obrigatoriedade - **Dispensário de medicamentos**. REsp n. 1.110.906 - SP. RSTJ 227/196.
- Cv Fato do serviço - Acidente de consumo - Injeção em farmácia - Dano moral - Inversão do ônus da prova - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.131.385 - RJ. RSTJ 227/453.
- Cv Frações ideais - Leilão - Condôminos inadimplentes - Construção a preço de custo - **Incorporação imobiliária** - Valores pagos - Restituição. REsp n. 860.064 - PR. RSTJ 227/614.
- Cv Fraudes - Delitos praticados por terceiros - **Operações bancárias** - Responsabilidade objetiva - Instituição financeira. Súmula n. 479-STJ. RSTJ 227/937.

H

- PrCv Honorários advocatícios - **Ação rescisória** - Embargos à execução - Mandado de segurança - Execução. AR n. 4.365 - DF. RSTJ 227/173.
- PrCv **Honorários advocatícios** - Discussão - Embargos infringentes - Cabimento. REsp n. 1.113.175 - DF. RSTJ 227/129.

PrCv **Honorários advocatícios** - Repartição - Lei n. 9.469/1997, art. 6º, § 2º. Súmula n. 488-STJ. RSTJ 227/947.

I

PrCv Impenhorabilidade - Requisitos - **Devedor** - Único imóvel residencial - Locação a terceiro. Súmula n. 486-STJ. RSTJ 227/944.

Trbt **Imposto de Renda (IR)** - Não incidência - Indenização por danos morais. Súmula n. 498-STJ. RSTJ 227/957.

Trbt **Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)** - Retenção na fonte - Não-cabimento - Conceito de lucro da empresa estrangeira. REsp n. 1.161.467 - RS. RSTJ 227/323.

Trbt **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Creditamento. AgRg no AREsp n. 148.753 - RS. RSTJ 227/297.

Trbt **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Incidência - Energia elétrica efetivamente consumida. REsp n. 1.278.688 - RS. RSTJ 227/218.

Trbt **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - Creditamento - Não-ocorrência - Aquisição de bens - Ativo permanente da empresa. Súmula n. 495-STJ. RSTJ 227/954.

Trbt **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - Crédito presumido - Ressarcimento - Exportação. Súmula n. 494-STJ. RSTJ 227/953.

Trbt **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - Não incidência - Mercadoria - Furto. REsp n. 1.203.236 - RJ. RSTJ 227/351.

Trbt **Imposto sobre Serviços (ISS)** - Base de cálculo - Taxa de agenciamento. AgRg no REsp n. 1.197.799 - SP. RSTJ 227/231.

Adm Improbidade administrativa - Não-ocorrência - Auxílio pré-escolar - Recebimento indevido - **Servidor público** - Reintegração. MS n. 16.385 - DF. RSTJ 227/184.

Cv **Incorporação imobiliária** - Condôminos inadimplentes - Construção a preço de custo - Frações ideais - Leilão - Valores pagos - Restituição. REsp n. 860.064 - PR. RSTJ 227/614.

Cv **Indenização** - Cabimento - Dano moral - Direito de vizinhança. REsp n. 1.313.641 - RJ. RSTJ 227/518.

Cv Indenização - Majoração - Acidente de trânsito - Agressão física - Dano moral - **Responsabilidade civil**. REsp n. 839.923 - MG. RSTJ 227/607.

- Cv Indenização - Redução - Dano moral - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.313.643 - SP. RSTJ 227/523.
- Trbt Indenização por danos morais - **Imposto de Renda (IR)** - Não incidência. Súmula n. 498-STJ. RSTJ 227/957.
- PrPn **Inquérito policial** - Trancamento - Aquisição de bens - Licitação - Ausência - Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) - Administradores. HC n. 232.230 - SC. RSTJ 227/809.
- PrCv Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) - **Preparo** - Depósito prévio - Inexigibilidade. Súmula n. 483-STJ. RSTJ 227/941.
- Cv *Internet* - Gratuidade do serviço - Irrelevância - **Contrato de prestação de serviços** - Relação de consumo - Configuração. REsp n. 1.300.161 - RS. RSTJ 227/504.
- Cv **Internet** - Provedor de serviço - Buscas - Filtragem prévia - Desnecessidade - Conteúdo público - Provedor de pesquisa - Resultados - Restrição - Não-cabimento. REsp n. 1.316.921 - RJ. RSTJ 227/553.
- PrCv **Intimação exclusiva** - Pedido da parte - Petição própria - Necessidade. AgRg nos EDcl nos EREsp n. 1.003.429 - DF. RSTJ 227/105.
- Cv Inversão do ônus da prova - Acidente de consumo - Injeção em farmácia - Dano moral - Fato do serviço - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.131.385 - RJ. RSTJ 227/453.
- PrCv **Inversão do ônus da prova** - Regra de instrução. EREsp n. 422.778 - SP. RSTJ 227/391.

J

- PrCv **Juízo da recuperação judicial** - Incompetência - Construção de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa. Súmula n. 480-STJ. RSTJ 227/938.
- PrPn Juízos suscitados - Decisões convergentes - **Conflito de competência** - Inexistência. CC n. 116.490 - DF. RSTJ 227/723.
- Adm Juros moratórios - Correção monetária - Termo inicial - **Pensão**. REsp n. 1.196.882 - MG. RSTJ 227/259.
- PrPn Justa causa - Ausência - Ação penal - Trancamento - **Crime contra a ordem econômica**. HC n. 203.103 - MG. RSTJ 227/776.
- PrCv Justiça do Trabalho - Ação indenizatória - Relação de trabalho - **Competência**. REsp n. 1.087.153 - MG. RSTJ 227/415.

- Pn Justiça Federal - **Competência** - Execução penal - Presídio de segurança máxima. CC n. 121.666 - RJ. RSTJ 227/736.
- PrCv **Justiça gratuita** - Pessoa jurídica. Súmula n. 481-STJ. RSTJ 227/939.

L

- PrCv Legitimidade ativa *ad causam* - Parte beneficiada - *Astreintes* - Multa diária - **Embargos à execução de sentença** - Extinção do processo - Não-cabimento. REsp n. 1.006.473 - PR. RSTJ 227/627.
- PrCv Lei de Arbitragem - Aplicabilidade - **Contrato com cláusula arbitral** - Data da celebração do contrato - Irrelevância. Súmula n. 485-STJ. RSTJ 227/943.
- PrPn Lei n. 8.666/1993, art. 89 - **Ação penal** - Improcedência - Crime licitatório - Dolo específico - Dano ao erário - Não-caracterização. APn n. 480 - MG. RSTJ 227/19.
- PrCv Lei n. 9.469/1997, art. 6º, § 2º - **Honorários advocatícios** - Repartição. Súmula n. 488-STJ. RSTJ 227/947.
- Pn Lei n. 12.015/2009 - Retroatividade - Crime continuado - Reconhecimento - Crime de atentado violento ao pudor - **Crime de estupro**. HC n. 221.211 - MG. RSTJ 227/797.
- PrCv Liminar deferida - Perda da eficácia - **Ação principal** - Ajuizamento no prazo - Ausência - Processo cautelar - Extinção. Súmula n. 482-STJ. RSTJ 227/940.
- PrCv Litisconsórcio passivo necessário unitário - Exequente e executado - Bem hipotecado - Construção - **Embargos de terceiro**. REsp n. 601.920 - CE. RSTJ 227/583.

M

- PrCv Mandado de segurança - Execução - **Ação rescisória** - Embargos à execução - Honorários advocatícios. AR n. 4.365 - DF. RSTJ 227/173.
- Pn Medida socioeducativa de internação - **Ato infracional** - Tráfico de drogas. Súmula n. 492-STJ. RSTJ 227/951.
- Trbt Mercadoria - Furto - **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - Não incidência. REsp n. 1.203.236 - RJ. RSTJ 227/351.
- PrCv Ministério Público - Aceitação - Não-obrigatoriedade - **Ação civil pública** - Termo de ajustamento de conduta. REsp n. 596.764 - MG. RSTJ 227/578.

N

- PrPn **Notícia-crime** - Arquivamento - Possibilidade. AgRg na Sd n. 293 - TO. RSTJ 227/80.
- Pn Nulidade - Não-ocorrência - Crime de lavagem de dinheiro - **Crime de tráfico de entorpecente** - Sustentação oral - Limite de tempo - Possibilidade. HC n. 190.469 - GO. RSTJ 227/769.
- PrPn Nulidade - Não-ocorrência - **Execução penal** - Falta disciplinar grave - Procedimento administrativo disciplinar - Irregularidade. HC n. 189.184 - RS. RSTJ 227/893.

O

- Cv **Operações bancárias** - Fraudes - Delitos praticados por terceiros - Responsabilidade objetiva - Instituição financeira. Súmula n. 479-STJ. RSTJ 227/937.
- PrPn Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) - Administradores - Aquisição de bens - Licitação - Ausência - **Inquérito policial** - Trancamento. HC n. 232.230 - SC. RSTJ 227/809.

P

- PrCv Peça essencial - Ausência - **Agravo de instrumento**. AgRg no Ag n. 1.391.012 - RJ. RSTJ 227/575.
- Pn Pena - Aumento - Impossibilidade - **Crime de homicídio qualificado** - Protesto por novo júri. HC n. 205.616 - SP. RSTJ 227/904.
- Pn Pena - Dosimetria - **Crime de roubo duplamente majorado**. HC n. 174.430 - PE. RSTJ 227/757.
- Pn Pena privativa de liberdade - Substituição - Possibilidade - **Violência doméstica** - Vias de fato. HC n. 207.978 - MS. RSTJ 227/793.
- Pn **Pena substitutiva** - Fixação - Condição especial ao regime aberto - Inadmissibilidade. Súmula n. 493-STJ. RSTJ 227/952.
- Pn Pena-base acima do mínimo legal - Legalidade - **Crime de concussão**. HC n. 156.490 - MS. RSTJ 227/868.
- PrCv Penhora - Precatório - Credor - Alienação judicial - Preferência - **Execução fiscal**. REsp n. 1.304.923 - RS. RSTJ 227/284.
- PrCv **Penhora sobre o mesmo bem** - Crédito da Fazenda estadual - Crédito das autarquias federais - Preferência. Súmula n. 497-STJ. RSTJ 227/956.

- Adm **Pensão** - Juros moratórios - Correção monetária - Termo inicial. REsp n. 1.196.882 - MG. RSTJ 227/259.
- Pn Perda do cargo público - Aposentadoria superveniente ao delito - Cassação - Impossibilidade - **Crime de homicídio qualificado**. REsp n. 1.250.950 - DF. RSTJ 227/911.
- PrCv Perícia - **Ação anulatória** - Via eleita inadequada. REsp n. 1.286.501 - GO. RSTJ 227/710.
- PrCv Pessoa jurídica - **Justiça gratuita**. Súmula n. 481-STJ. RSTJ 227/939.
- PrCv Petição própria - Necessidade - **Intimação exclusiva** - Pedido da parte. AgRg nos EDcl nos EREsp n. 1.003.429 - DF. RSTJ 227/105.
- Trbt **PIS** - Cofins - Não cumulatividade - Encargos de depreciação e amortização. REsp n. 1.256.134 - SC. RSTJ 227/380.
- Adm Polícia Federal - Comissão temporária - Não-cabimento - **Processo administrativo disciplinar** - Nulidade. MS n. 14.795 - DF. RSTJ 227/745.
- PrCv Prazo prescricional - Interrupção - Possibilidade - **Ação de repetição do indébito** - Taxa de Serviços Administrativos. REsp n. 1.274.601 - AM. RSTJ 227/266.
- PrCv **Preparo** - Depósito prévio - Inexigibilidade - Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Súmula n. 483-STJ. RSTJ 227/941.
- PrCv Preparo - Primeiro dia útil subsequente - Expediente bancário - Encerramento - **Recurso** - Interposição. Súmula n. 484-STJ. RSTJ 227/942.
- Cv Prescrição da pretensão indenizatória - Suspensão - Não-ocorrência - Acidente de trânsito - CC/2002, art. 200 - Inaplicabilidade - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.180.237 - MT. RSTJ 227/472.
- Pn Presídio de segurança máxima - **Competência** - Execução penal - Justiça Federal. CC n. 121.666 - RJ. RSTJ 227/736.
- Cv **Previdência privada** - Conversão de cruzeiros reais para reais - Critério. REsp n. 909.861 - SC. RSTJ 227/437.
- Trbt Princípio da legalidade - Ofensa - **Taxa de desarquivamento de autos findos**. AI no RMS n. 31.170 - SP. RSTJ 227/110.
- PrPn Procedimento administrativo disciplinar - Irregularidade - **Execução penal** - Falta disciplinar grave - Nulidade - Não-ocorrência. HC n. 189.184 - RS. RSTJ 227/893.
- Adm **Processo administrativo disciplinar** - Nulidade - Comissão temporária - Não-cabimento - Polícia Federal. MS n. 14.795 - DF. RSTJ 227/745.

- PrCv Processo cautelar - Extinção - **Ação principal** - Ajuizamento no prazo - Ausência - Liminar deferida - Perda da eficácia. Súmula n. 482-STJ. RSTJ 227/940.
- PrCv Programa de inspeção e manutenção de veículos - **Contrato administrativo**. AgRg na SLS n. 1.499 - SP. RSTJ 227/84.
- PrPn Progressão *per saltum* - Inadmissibilidade - **Regime prisional**. Súmula n. 491-STJ. RSTJ 227/950.
- Pn Proibição de ausentar-se do País - Possibilidade - **Crime de homicídio qualificado** - Sentença condenatória. HC n. 139.235 - GO. RSTJ 227/851.
- Pn Protesto por novo júri - **Crime de homicídio qualificado** - Pena - Aumento - Impossibilidade. HC n. 205.616 - SP. RSTJ 227/904.
- Pn Prova - Reexame - Vedação - **Publicação de cena pornográfica de criança e adolescente**. HC n. 168.610 - BA. RSTJ 227/876.
- PrCv Prova pericial - Necessidade - Ação de busca e apreensão - **Sequestro internacional de crianças**. REsp n. 1.239.777 - PE. RSTJ 227/367.
- Cv Provedor de pesquisa - Buscas - Filtragem prévia - Desnecessidade - Conteúdo público - **Internet** - Provedor de serviço - Resultados - Restrição - Não-cabimento. REsp n. 1.316.921 - RJ. RSTJ 227/553.
- Pn **Publicação de cena pornográfica de criança e adolescente** - Prova - Reexame - Vedação. HC n. 168.610 - BA. RSTJ 227/876.

R

- PrCv **Recurso** - Interposição - Expediente bancário - Encerramento - Preparo - Primeiro dia útil subsequente. Súmula n. 484-STJ. RSTJ 227/942.
- PrCv **Recurso especial** - Decisão denegatória de seguimento - Agravo de instrumento - Não-cabimento. AgRg no AREsp n. 76.087 - BA. RSTJ 227/229.
- PrCv Recurso extraordinário - Retenção - **Decisão interlocutória**. AgRg na Pet n. 8.914 - RJ. RSTJ 227/74.
- PrCv Reexame de matéria já decidida - Impossibilidade - **Embargos declaratórios** - Omissão - Inexistência. EDcl no AgRg nos EAg n. 1.325.645 - SP. RSTJ 227/126.
- PrCv **Reexame necessário** - Dispensa - Sentença ilíquida - Inaplicabilidade. Súmula n. 490-STJ. RSTJ 227/949.
- PrPn **Regime prisional** - Progressão *per saltum* - Inadmissibilidade. Súmula n. 491-STJ. RSTJ 227/950.

- PrCv **Registro de propriedade particular de imóvel** - Não oponível à União - Terreno de marinha. Súmula n. 496-STJ. RSTJ 227/955.
- Cv Relação de consumo - Cláusula limitativa - Abusividade - **Contrato de seguro**. REsp n. 1.293.006 - SP. RSTJ 227/498.
- Cv Relação de consumo - Configuração - **Contrato de prestação de serviços** - *Internet* - Gratuidade do serviço - Irrelevância. REsp n. 1.300.161 - RS. RSTJ 227/504.
- Cv **Responsabilidade civil** - Acidente de consumo - Injeção em farmácia - Dano moral - Fato do serviço - Inversão do ônus da prova. REsp n. 1.131.385 - RJ. RSTJ 227/453.
- Cv **Responsabilidade civil** - Acidente de trânsito - CC/2002, art. 200 - Inaplicabilidade - Prescrição da pretensão indenizatória - Suspensão - Não-ocorrência. REsp n. 1.180.237 - MT. RSTJ 227/472.
- Cv **Responsabilidade civil** - Acidente de trânsito - Agressão física - Dano moral - Indenização - Majoração. REsp n. 839.923 - MG. RSTJ 227/607.
- Cv **Responsabilidade civil** - Dano moral - Indenização - Redução. REsp n. 1.313.643 - SP. RSTJ 227/523.
- Adm **Responsabilidade civil do Estado** - Acidente de trânsito - Rodovia estadual - Morte de menor - Dano moral - Trânsito de animais - Dever de fiscalização. AgRg no REsp n. 1.247.453 - MS. RSTJ 227/242.
- Cv Responsabilidade objetiva - Instituição financeira - Fraudes - Delitos praticados por terceiros - **Operações bancárias**. Súmula n. 479-STJ. RSTJ 227/937.
- Cv Resultados - Restrição - Não-cabimento - Buscas - Filtragem prévia - Desnecessidade - Conteúdo público - **Internet** - Provedor de serviço - Provedor de pesquisa. REsp n. 1.316.921 - RJ. RSTJ 227/553.
- Pn Revisão criminal - Absolvição - Possibilidade - **Crime de homicídio qualificado** - Tribunal do Júri - Condenação. REsp n. 964.978 - SP. RSTJ 227/827.

S

- Pn Sentença condenatória - **Crime de homicídio qualificado** - Proibição de ausentar-se do País - Possibilidade. HC n. 139.235 - GO. RSTJ 227/851.
- PrCv Sentença ilíquida - Inaplicabilidade - **Reexame necessário** - Dispensa. Súmula n. 490-STJ. RSTJ 227/949.
- PrCv **Sentença transitada em julgado** - CPC, art. 741, parágrafo único. Súmula n. 487-STJ. RSTJ 227/945.

- PrCv **Sequestro internacional de crianças** - Ação de busca e apreensão - Prova pericial - Necessidade. REsp n. 1.239.777 - PE. RSTJ 227/367.
- Adm **Serviço de esgotamento sanitário** - Prestação parcial - Tarifa - Legalidade da cobrança. REsp n. 1.313.680 - RJ. RSTJ 227/288.
- Adm **Servidor público** - Reintegração - Auxílio pré-escolar - Recebimento indevido - Improbidade administrativa - Não-ocorrência. MS n. 16.385 - DF. RSTJ 227/184.
- Cv **Sociedade anônima** - Assembleia Geral - Aprovação das contas sem ressalvas - Diretor financeiro - Responsabilização - Ausência. REsp n. 1.313.725 - SP. RSTJ 227/533.
- Cv Súmula n. 479-STJ - Fraudes - Delitos praticados por terceiros - **Operações bancárias** - Responsabilidade objetiva - Instituição financeira. RSTJ 227/937.
- PrCv Súmula n. 480-STJ - Construção de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa - **Juízo da recuperação judicial** - Incompetência. RSTJ 227/938.
- PrCv Súmula n. 481-STJ - **Justiça gratuita** - Pessoa jurídica. RSTJ 227/939.
- PrCv Súmula n. 482-STJ - **Ação principal** - Ajuizamento no prazo - Ausência - Liminar deferida - Perda da eficácia - Processo cautelar - Extinção. RSTJ 227/940.
- PrCv Súmula n. 483-STJ - Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) - **Preparo** - Depósito prévio - Inexigibilidade. RSTJ 227/941.
- PrCv Súmula n. 484-STJ - Expediente bancário - Encerramento - Preparo - Primeiro dia útil subsequente - **Recurso** - Interposição. RSTJ 227/942.
- PrCv Súmula n. 485-STJ - **Contrato com cláusula arbitral** - Data da celebração do contrato - Irrelevância - Lei de Arbitragem - Aplicabilidade. RSTJ 227/943.
- PrCv Súmula n. 486-STJ - **Devedor** - Único imóvel residencial - Locação a terceiro - Impenhorabilidade - Requisitos. RSTJ 227/944.
- PrCv Súmula n. 487-STJ - CPC, art. 741, parágrafo único - **Sentença transitada em julgado**. RSTJ 227/945.
- PrCv Súmula n. 488-STJ - **Honorários advocatícios** - Repartição - Lei n. 9.469/1997, art. 6º, § 2º. RSTJ 227/947.
- PrCv Súmula n. 489-STJ - **Ação civil pública** - Reunião - Continência. RSTJ 227/948.
- PrCv Súmula n. 490-STJ - **Reexame necessário** - Dispensa - Sentença ilíquida - Inaplicabilidade. RSTJ 227/949.

- PrPn Súmula n. 491-STJ - Progressão *per saltum* - Inadmissibilidade - **Regime prisional**. RSTJ 227/950.
- Pn Súmula n. 492-STJ - **Ato infracional** - Tráfico de drogas - Medida socioeducativa de internação. RSTJ 227/951.
- Pn Súmula n. 493-STJ - Condição especial ao regime aberto - Inadmissibilidade - **Pena substitutiva** - Fixação. RSTJ 227/952.
- Trbt Súmula n. 494-STJ - Exportação - **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - Crédito presumido - Ressarcimento. RSTJ 227/953.
- Trbt Súmula n. 495-STJ - Aquisição de bens - Ativo permanente da empresa - **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - Creditamento - Não-ocorrência. RSTJ 227/954.
- PrCv Súmula n. 496-STJ - **Registro de propriedade particular de imóvel** - Não oponível à União - Terreno de marinha. RSTJ 227/955.
- PrCv Súmula n. 497-STJ - Crédito da Fazenda estadual - Crédito das autarquias federais - Preferência - **Penhora sobre o mesmo bem**. RSTJ 227/956.
- Trbt Súmula n. 498-STJ - **Imposto de Renda (IR)** - Não incidência - Indenização por danos morais. RSTJ 227/957.
- Pn Sustentação oral - Limite de tempo - Possibilidade - Crime de lavagem de dinheiro - **Crime de tráfico de entorpecente** - Nulidade - Não-ocorrência. HC n. 190.469 - GO. RSTJ 227/769.

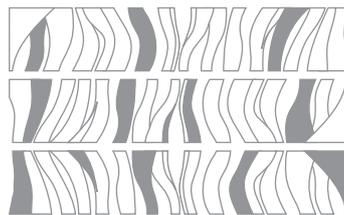
T

- Adm Tarifa - Legalidade da cobrança - **Serviço de esgotamento sanitário** - Prestação parcial. REsp n. 1.313.680 - RJ. RSTJ 227/288.
- Trbt Taxa de agenciamento - **Imposto sobre Serviços (ISS)** - Base de cálculo. AgRg no REsp n. 1.197.799 - SP. RSTJ 227/231.
- Trbt **Taxa de desarquivamento de autos findos** - Princípio da legalidade - Ofensa. AI no RMS n. 31.170 - SP. RSTJ 227/110.
- PrCv Taxa de Serviços Administrativos - **Ação de repetição do indébito** - Prazo prescricional - Interrupção - Possibilidade. REsp n. 1.274.601 - AM. RSTJ 227/266.
- PrCv Termo de ajustamento de conduta - **Ação civil pública** - Ministério Público - Aceitação - Não-obrigatoriedade. REsp n. 596.764 - MG. RSTJ 227/578.
- PrCv Terreno de marinha - **Registro de propriedade particular de imóvel** - Não oponível à União. Súmula n. 496-STJ. RSTJ 227/955.

- Adm Trânsito de animais - Dever de fiscalização - Acidente de trânsito - Rodovia estadual - Morte de menor - Dano moral - **Responsabilidade civil do Estado**. AgRg no REsp n. 1.247.453 - MS. RSTJ 227/242.
- Pn Tribunal do Júri - Condenação - **Crime de homicídio qualificado** - Revisão criminal - Absolvição - Possibilidade. REsp n. 964.978 - SP. RSTJ 227/827.

V

- PrCv Valor exequendo - Parcelamento - **Ação de cobrança** - Cotas condominiais. REsp n. 1.264.272 - RJ. RSTJ 227/693.
- Cv Valores pagos - Restituição - Condôminos inadimplentes - Construção a preço de custo - Frações ideais - Leilão - **Incorporação imobiliária**. REsp n. 860.064 - PR. RSTJ 227/614.
- Pn **Violência doméstica** - Vias de fato - Pena privativa de liberdade - Substituição - Possibilidade. HC n. 207.978 - MS. RSTJ 227/793.



Índice Sistemático

AÇÃO PENAL - APn

480-MG Rel. Min. Cesar Asfor Rocha RSTJ 227/19.

AÇÃO RESCISÓRIA - AR

4.365-DF Rel. Min. Humberto Martins RSTJ 227/173.

AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO - AgRg na Pet

8.914-RJ Rel. Min. Felix Fischer RSTJ 227/74.

AGRAVO REGIMENTAL NA SINDICÂNCIA - AgRg na Sd

293-TO Rel. Min. João Otávio de Noronha RSTJ 227/80.

**AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA -
AgRg na SLS**

1.499-SP Rel. Min. Presidente do STJ RSTJ 227/84.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - AgRg no Ag

1.391.012-RJ Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira RSTJ 227/575.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AgRg no
AREsp**

76.087-BA Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho RSTJ 227/229.

148.753-RS Rel. Min. Mauro Campbell Marques RSTJ 227/297.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA -
AgRg no RMS**

35.938-PR..... Rel. Min. Francisco Falcão RSTJ 227/250.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AgRg no REsp

1.197.799-SP..... Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho RSTJ 227/231.

1.247.453-MS Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima..... RSTJ 227/242.

**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA
SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA - AgRg nos EDcl na SLS**

1.473-PR..... Rel. Min. Presidente do STJ RSTJ 227/100.

**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS
EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP - AgRg nos EDcl nos EREsp**

1.003.429-DF..... Rel. Min. Felix Fischer..... RSTJ 227/105.

**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO RECURSO EM MANDADO
DE SEGURANÇA - AI no RMS**

31.170-SP..... Rel. Min. Teori Albino Zavascki RSTJ 227/110.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - CC

116.490-DF..... Rel. Min. Adilson Vieira Macabu* RSTJ 227/723.

121.666-RJ Rel. Min. Laurita Vaz..... RSTJ 227/736.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS
EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO - EDcl no AgRg nos EAgr**

1.325.645-SP..... Rel. Min. João Otávio de Noronha RSTJ 227/126.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP - EREsp

422.778-SP..... Rel. Min. Maria Isabel Gallotti..... RSTJ 227/391.

HABEAS CORPUS - HC

139.235-GO..... Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura..... RSTJ 227/851.

156.490-MS Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira* RSTJ 227/868.

168.610-BA..... Rel. Min. Sebastião Reis Júnior..... RSTJ 227/876.

174.286-DF..... Rel. Min. Sebastião Reis Júnior..... RSTJ 227/889.

174.430-PE Rel. Min. Jorge Mussi RSTJ 227/757.

189.184-RS Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira* RSTJ 227/893.

190.469-GO..... Rel. Min. Laurita Vaz..... RSTJ 227/769.

203.103-MG	Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze	RSTJ 227/776.
205.616-SP.....	Rel. Min. Og Fernandes.....	RSTJ 227/904.
207.978-MS	Rel. Min. Jorge Mussi	RSTJ 227/793.
221.211-MG	Rel. Min. Gilson Dipp	RSTJ 227/797.
232.230-SC	Rel. Min. Gilson Dipp	RSTJ 227/809.

MANDADO DE SEGURANÇA - MS

14.795-DF.....	Rel. Min. Og Fernandes.....	RSTJ 227/745.
16.385-DF.....	Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima.....	RSTJ 227/184.

RECURSO EM HABEAS CORPUS - RHC

31.368-PR.....	Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze	RSTJ 227/816.
----------------	--	---------------

RECURSO ESPECIAL - REsp

596.764-MG	Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira	RSTJ 227/578.
601.920-CE	Rel. Min. Maria Isabel Gallotti.....	RSTJ 227/583.
839.923-MG	Rel. Min. Raul Araújo Filho	RSTJ 227/607.
860.064-PR.....	Rel. Min. Raul Araújo Filho	RSTJ 227/614.
909.861-SC	Rel. Min. Massami Uyeda.....	RSTJ 227/437.
964.978-SP.....	Rel. Min. Adilson Vieira Macabu*	RSTJ 227/827.
1.006.473-PR.....	Rel. Min. Marco Buzzi.....	RSTJ 227/627.
1.087.153-MG	Rel. Min. Luis Felipe Salomão.....	RSTJ 227/415.
1.110.906-SP.....	Rel. Min. Humberto Martins.....	RSTJ 227/196.
1.113.175-DF.....	Rel. Min. Castro Meira	RSTJ 227/129.
1.131.385-RJ	Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino	RSTJ 227/453.
1.161.467-RS	Rel. Min. Castro Meira	RSTJ 227/323.
1.180.237-MT.....	Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino	RSTJ 227/472.
1.196.882-MG	Rel. Min. Teori Albino Zavascki	RSTJ 227/259.
1.203.236-RJ	Rel. Min. Herman Benjamin	RSTJ 227/351.
1.219.093-PR.....	Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva	RSTJ 227/485.
1.239.777-PE	Rel. Min. Cesar Asfor Rocha	RSTJ 227/367.
1.250.950-DF.....	Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura.....	RSTJ 227/911.
1.256.134-SC	Rel. Min. Mauro Campbell Marques	RSTJ 227/380.
1.264.272-RJ	Rel. Min. Luis Felipe Salomão.....	RSTJ 227/693.
1.274.601-AM	Rel. Min. Benedito Gonçalves	RSTJ 227/266.
1.278.688-RS	Rel. Min. Herman Benjamin	RSTJ 227/218.
1.286.501-GO.....	Rel. Min. Marco Buzzi.....	RSTJ 227/710.
1.293.006-SP.....	Rel. Min. Massami Uyeda	RSTJ 227/498.
1.300.161-RS	Rel. Min. Nancy Andrichi	RSTJ 227/504.
1.304.923-RS	Rel. Min. Benedito Gonçalves	RSTJ 227/284.
1.313.641-RJ	Rel. Min. Sidnei Beneti.....	RSTJ 227/518.
1.313.643-SP.....	Rel. Min. Sidnei Beneti.....	RSTJ 227/523.

1.313.680-RJ Rel. Min. Francisco Falcão RSTJ 227/288.
1.313.725-SP Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva RSTJ 227/533.
1.316.921-RJ Rel. Min. Nancy Andrighi RSTJ 227/553.

SÚMULAS

479 RSTJ 227/937.
480 RSTJ 227/938.
481 RSTJ 227/939.
482 RSTJ 227/940.
483 RSTJ 227/941.
484 RSTJ 227/942.
485 RSTJ 227/943.
486 RSTJ 227/944.
487 RSTJ 227/945.
488 RSTJ 227/947.
489 RSTJ 227/948.
490 RSTJ 227/949.
491 RSTJ 227/950.
492 RSTJ 227/951.
493 RSTJ 227/952.
494 RSTJ 227/953.
495 RSTJ 227/954.
496 RSTJ 227/955.
497 RSTJ 227/956.
498 RSTJ 227/957.

* Desembargador convocado



Siglas e Abreviaturas

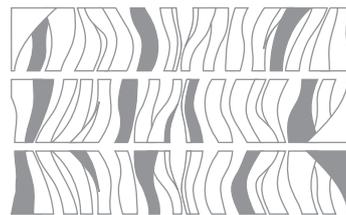
AC	Apelação Cível
Adm	Administrativo
Ag	Agravo de Instrumento
AgRg	Agravo Regimental
AI	Argüição de Inconstitucionalidade
Ana	Agência Nacional de Águas
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
Aneel	Agência Nacional de Energia Elétrica
APn	Ação Penal
AR	Ação Rescisória
CAt	Conflito de Atribuições
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
PEExt	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

SIGLAS E ABREVIATURAS

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.
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 Nova Alvorada Edições 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.
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.
22. Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – editada pela Lex Editora S.A. – Portaria n. 2, de 10.03.1992 – DJ 13.03.1992.
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 Jurid 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.
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. 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.
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.
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.
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.

55. Revista Juris Plenum – editada pela Editora Plenum Ltda. – Portaria n. 1, de 23.05.2005 – DJ 30.05.2005.
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.
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.
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.
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.

Projeto gráfico

Coordenadoria de Programação Visual - 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